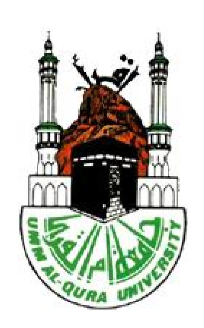
المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
شعبة أصول الفقه



قادح الفرق وتطبيقاته الفقهية في كتاب التجريد الصحيح

لأبي الحسين أحمد بن محمد القدوري الحنفي ~ (ت٤٢٨هـ)

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في تخصص أصول الفقه

إعداد الطالبة:

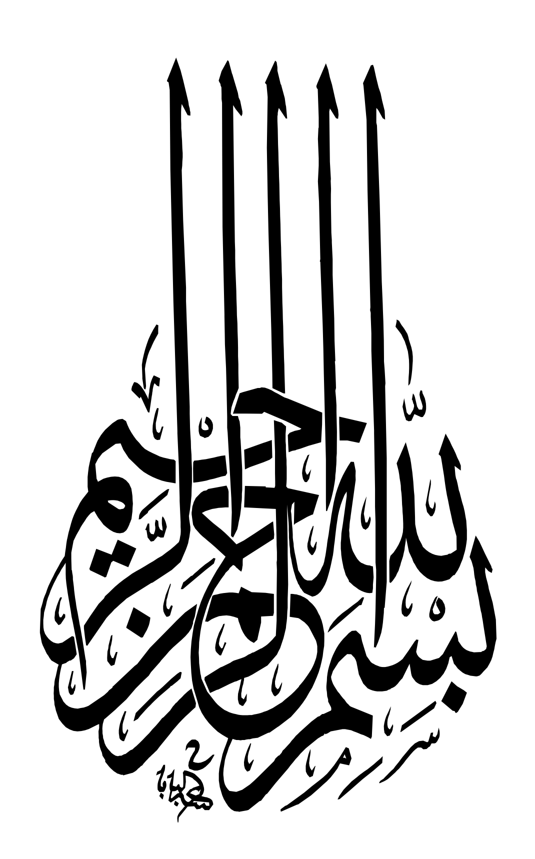
رؤى غازي محمد أمين سندي

الرقم الجامعي (٤٢٥٨٠٢٩٥)

إشراف فضيلة الشيخ:

أ.د/ سعيد مصيلحي عتربي الله هلال

١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م



ملخص الرسالة

عنوان الرسالة : قادح الفرق وتطبيقاته الفقهية في كتاب التجريد لأبي الحسين القُدوري ~

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .. وبعد ..

فهذه رسالة مقدمة لقسم الدراسات العليا الشرعية، بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية شعبة أصول الفقه لنيل درجة الماجستير.

عنوانها قادح الفرق وتطبيقاته الفقهية في كتاب التجريد لأبي الحسين القُدوري ~

وقد اشتملت الرسالة على مقدمة وتمهيد وفصلين وخاتمة وفهارس، فالمقدمة اشتملت على: أهمية الموضوع وأسباب اختياره، وخطة البحث ومنهجه، وشكر وتقدير.

أما التمهيد فيضم مبحثين: الأول: التعريف بالقُدوري ~ ، والثاني: التعريف بكتاب (التجريد).

وأما الفصلان: فالأول دراسة عن القياس وصولاً إلى قادح الفرق.

ويضم تمهيد وستة مباحث:فالتمهيد في التعريف بالقياس ومكانته ومسالك العلة وقوادحها . أما المبحث الأول: في تعريف قادح الفرق،والثاني: في مرجع الفرق ، والثالث: في أنواع الفرق، والرابع في الخلاف فيه والخامس :في شروطه ،والسادس :في جوابه.

الفصل الثاني:وفيه تمهيد يتناول طريقة القُدوري ~ في التعبير عن قادح الفرق.

ثم خمس مباحث في التطبيق الفقهي من كتاب (التجريد) على قادح الفرق، في كلّ من العبادات،والمعاملات المالية، والأنكحة(المعاملات الأسرية)،والجنايات، والصيد والذبائح والآداب.

وبناءً على ذلك فقد وجدت أن كتاب (التجريد) من أهم الكتب وأعظمِها في الفقه المقارن خاصة بين الحنفية والشافعية،كما أن قادح الفرق من أقوى القوادح التي اعتمد عليها علماء الحنفية في الاعتراض على القياس ورد الدليل .

لذلك فإني أوصي بمزيد من الدراسة لكتاب (التجريد) والنهل من معينه والاستفادة منه في شتى الميادين قوادح أو دلالات أو تخصيص أو غيره، كما أوصي بدراسة مفصلة في كل مسألة احتوت على الفرق ومناقشته من جميع الجوانب للوصول إلى الراجح في المسألة والله ولي التوفيق.

الباحثة :	المشرف:	عميد كلية الشريعة:
رؤى غازي سندي	أ.د سعيد مصيلحي	د/ سعود الشريم .

Summary of the Study

In the name of Allah the Merciful, and the Beneficent and peace and prayers to whom was sent by Islam as a mercy to the worlds and the precursor of the believers to the unbelievers a harbinger our Lord Prophet Mohammed was the best prayers.

The observer in the origin of Islamic sciences will find in Allah's Book (Quraan) and Prophet Mohammad Sunnat (peace and prayers be upon him) from them all the Islamic sciences branched and served those two great sources.

Since, the death of the Prophet Mohammad (peace and prayers be upon him) those two great sources have not revealed any more. Afterwards, all the new incidents and other afflictions, other Islamic sciences sources must be available to help the continuation of the Islamic Share`a (law) and to maintain its continuation and validity of all time and place. Fiqh of foundations is the most important science and its most branch that shows the measurement and its pillars regard to reason pillar and what comes below that such as passages and rejections. So, I select my study (The difference rejection and its applications in Al Tajreed book) which is rejected a lot in its reasons by many scientists. The study implies an introduction, preface, two chapters, conclusion and indexes.

The introduction includes the study importance, reasons of selection, research plan, methodology, thanks and appreciation. The preface contains two investigations: First, identifying Qadoori Abu Hussein (may Allah have mercy on him). Second, identifying (Al Tajreed book).

The two chapters are:

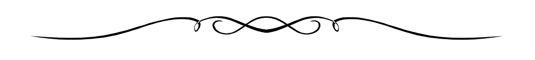
Chapter I, studies of measurement accessing to the difference rejection. The study also contains preface and six investigations: The preface contains measurements notification., reasons passages and rejections. The six investigations: 1-the definition of the difference rejection. 2- The reference difference. 3- the difference types. 4- The disagreement. 5- The conditions. 6- The response.

Chapter II**,** The fiqhi application from Al Tajreed book on the difference rejection. It contains preface and five investigations: The preface contains the way of Qaduri (mercy Allah on him) in expressing the difference rejection. The five investigations; the fiqhi application of worship, financial transactions, marriages (family transactions), crimes and hunting, sacrificing and literature.

Accordingly, I have found that the Al Tajreed book is the most important book, the greatest of others in comparative fiqh in general. In particular between Hanafia and Shaafa'. Thus, the difference rejection is the most powerful rejection was adopted by scientists of Al Hanafia in opposing to the measurement and back proof.

I therefore recommend that further study for the Al Tajreed book and get more and benefit from it, in various fields: rejections, evidences, specifications or others. Also, I recommend that a detailed study in each issue contains a difference and discussion of all aspects of accessing to the most likely of the problem.

Researcher / Ro`a Ghazi Sindi



المقدمـــة

المقدمـــة

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على من أُرْسِل بالإسلام رحمةً للعالمين بشيراً للمؤمنين ونذيراً للكافرين سيدنا ونبينا محمد عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم.

أما بعـــد:

فالناظر في أصل العلوم الإسلامية يجد كتاب الله و سنة نبيه محمد ﷺ وعنهما تفرعت العلوم الإسلامية وكلها خادمة لهذين الأصلين العظيمين، وبما أن هذين الأصلين انقطع نزولهما بموت الرسول ﷺ، فأمام هذه الحوادث المتجددة، والنوازل الكثيرة؛ كان لابد من وجود علوم إسلامية أُخرى تساعد على استمرار الشريعة الإسلامية، وتحافظ على تجددها وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

ومن أجل العلوم الإسلامية علم أصول الفقه؛ فهو العلم الذي يُوضح المناهج التي انتهجها العلماء، والقواعد التي طبقوها في استنباط الأحكام الشرعية التي يُميَز بها الحلال من الحرام، وهو الأساس الذي قام عليه البناء التشريعي من حيث استخراج الأحكام من النصوص، ومن ثم البناء عليها باستخراج العلل التي تُبنى عليها الأحكام وبدون هذا العلم لا يعلم المشتغلون بالفقه مصادره التي أُخذت منها أحكامه، حيث إن مثل علم أصول الفقه بالنسبة للفقه، كمثل علم النحو بالنسبة للنطق العربي والكتابة العربية، فهو ميزان يضبط القلم واللسان ويمنعهما من الخطأ كذلك علم الأصول فهو ميزان بالنسبة للفقه يضبط الفقيه، ويمنعه من الخطأ في الاستنباط، ولأنه ميزان فإنه يتميز به الاستنباط الصحيح من الاستنباط الباطل.

فعلم أصول الفقه من أكثر العلوم أثراً في تكوين العقل الفقهي، وتنمية الملكة الفقهية لدى المجتهد من أجل الاستمرار في استنباط الأحكام الشرعية للحوادث والنوازل.

ومن أدق مواضيعه التي تظهر ذلك القياس، حيث أن له شأناً عظيماً في مصادر التشريع؛ فعن طريقه تتم الإحاطة بالمقاصد التي شُرعت من أجلها الأحكام جلباً للمصالح ودفعاً للمفاسد، لأنه السبيل إلى معرفة علل الأحكام، لذلك كان من أكثر

أركان القياس التي تناولها العلماء بالشرح والتحليل، وأفردوا لها أبواباً في كتب أصول الفقه العلة من حيث تعريفها وأركانها وشروطها ومسالكها و قوادحها.

ومن أهم القوادح التي كثُر الاعتراض بها على العلة قادح الفرق لذلك رأيت أن تكون رسالتي في هذا الموضوع وأسأل الله القبول والسداد وأن يرزقني الإخلاص فيه إنه على ذلك قدير.

۞ أهمية البحث:

إن لهذا الموضوع وهو (قادح الفرق وتطبيقاته الفقهية في كتاب التجريد لأبي الحسين القدوري ~) أهميتين كبيرتين.. إحداهما تخص المؤلف.. والأخرى للموضوع نفسه.

أما ما يخص المؤلف: فإن للإمام القُدوري ~ مكانة علمية عظيمة، كما أن لاعتراضاته بالفرق قيمة واعتباراً عند العلماء لسعة علومه وكثرة إطلاعه وهو صاحب قدم راسخة في العلم والتأليف، وكذلك كتابه (التجريد) لم يطبع إلا من فترة وجيزة فلم يأخذ حقه بالبحث والتمحيص، وهو كتاب ذو قيمة علمية كبيرة تستحق ذلك.

وأما ما يخص الموضوع فإن أهميته تتحدد في جانبين: نظري وتطبيقي فالجانب النظري قادح الفرق فهو من قوادح العلة حيث أن العلة من أهم أركان القياس الذي هو من أهم أبواب أصول الفقه ولا يخفى على أحد أهمية القياس كمصدر من مصادر التشريع لاسيما في النوازل التي تحدث في هذا العصر وليس فيها نص من القرآن أو السنة أو إجماع على حكم هذه النوازل، فهو الأصل الرابع وهو من أعظم الأدلة على شمولية الشريعة الإسلامية وتجددها واتساعها لكل الأحوال والأزمان.

أما الجانب التطبيقي فهو ثمرة البحث، وهو الرابط بين القاعدة ونصوص الشريعة (حيث أنني أُفضل الجانب التطبيقي في البحث) وهذا الكتاب مليء بالمسائل الفقهية الكثيرة وهذا مطلبي وغايتي وجدتها ولله الحمد..

۞ أسباب اختيار البحث:

١) الرغبة في خدمة هذا العلم الجليل، والنهل من معينه، و التضلع من فقهه الذي حواه كتاب التجريد الذي يعد حقيقة موسوعة فقهية مُقارِنة.

٢) إن (كتاب التجريد) - وإن كان كتاباً فقهياً - غير أنه مليء بالمسائل الأصولية التي تحتاج إلى دراسات كثيرة لما فيه من علم غزير وفقه واسع.

٣) إن موضوع (قادح الفرق) وإن خُدِم في الدراسات الحديثة من الجانب النظري كمبحث من المباحث إلا أنه بحاجة إلى خدمة شاملة من هذا الجانب بشكل أوسع وخدمة من الناحية التطبيقية، وذلك أن هذه الدراسات غالباً ما تكتفي بنقل الأمثلة التطبيقية من كتب الأصول، ومعلوم أن ما في الكتب الأصولية أمثلة محصورة ينقل فيها المتأخر عن المتقدم، فكان هذا البحث فرصة لاستخراج أمثلة جديدة من (كتاب التجريد).

٤) الحصول على الملكة الفقهية في تخريج الفروع على الأصول من الأبواب الفقهية المختلفة.

٥) إن الإمام القُدوري ~ عالم فقيه وجليل وقد أحال بعض علماء الأصول على آرائه مثل الزركشي[1] في كتابه (البحر المحيط) حيث قال: "وقد ذكر القُدوري في كتابه التجريد في الحديث تقديرين.... "[2].

---

(١) الزركشي: هو بدر الدين الزركشي، محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي أبو عبدالله، عالم بالفقه الشافعي ولد سنة ٧٤٥هـ، عني بالعلم فأخذ عن الشيخ جمال الدين الأسنوي وغيره، من مؤلفاته البحر المحيط في الأصول، والبرهان في علوم القرآن. توفي في ٣من رجب سنة ٧٩٤هـ. انظر: الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة للحافظ شهاب الدين أبي الفضل العسقلاني الناشر: مجلس دائرة المعارف الطبعة الثانية مراقبة محمد خان (ج٥/ ص ١٣٣)، و شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي طبعة جديدة الناشر: دار إحياء التراث العربي حيدر أباد ١٣٩٢هـ (ج٦/ ص٣٣٥).

(٢) البحر المحيط للزركشي بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي الناشر: وزارة الأوقاف بالكويت الطبعة الثانية١٤١٣هـ (٣/ ٢٣١).

ومع ذلك إلا أنه مغمور أصولياً فأحببت أن أُظهر شيئاً ولو يسيراً من علمه الأصولي، وهو من أئمة الحنفية المتقدمين حيث كانت ولادته عام ٣٦٢هـ وتوفي ٤٢٨هـ وأملى كتابه (التجريد) سنة ٤٠٥هـ.

٦) أني أثناء دراستي المنهجية كنت أطمح إلى موضوع تطبيقي يربط بين الفقه والأصول بشكل أوسع فوجدت (كتاب التجريد) من أهم الكتب المشتملة على المسائل الفقهية الجديرة بالبحث والدراسة.

۞ منهجي في البحث:

تلخص عملي في البحث فيما يأتي:

١) عند البدء في الجانب النظري من البحث، قمت بدراسة أهم المباحث الأصولية المتعلقة بموضوع القياس من تعريف وأهمية ثم الأركان وخاصةً ركن العلة وما يتعلق بها من مسالك واعتراضات.

٢) التركيز على الفرق باعتباره قادحاً من قوادح العلة وذلك بذكر تعريفه، الخلاف فيه وذكر الأدلة، ثم مناقشتها بطريقه موجزة. وضربت صفحًا عن الاستفاضة خوفًا من الإطالة، ولأن المقصود الأعظم من البحث الجانب التطبيقي، ومن ثم الترجيح، وأنواع الفرق، وشروطه، طُرق الجواب عنه، وطريقة القُدوري ~ في التعبير عنه.

٣) القيام بالرجوع للمصادر الأصلية في أثناء دراسة المباحث الأصولية و الحرص على توثيق النقول بإرجاعها إلى مصادرها ما أمكن. فإن كان الكلام من كتاب معين ذكرته في طليعة الكتب المدونة في الحاشية، ثم أذكر بعد ذلك الكتب المحتوية على نفس الفكرة لمن أراد الاستزادة، وأقدم لها بكلمة (انظر). وإن لم أجد من نص على الكلام المنقول فأكتفي بالإحالة على الكتب التي حوت تلك المعلومة بعد كلمة (انظر). وإن كنت قد نقلت الكلام بالنص، فإني أجعله بين قوسين وأذكر المصدر بدون كلمة (انظر). باستثناء رأس المسائل الفقهية من كتاب التجريد فإني أحيل عليه بدون وضع الأقواس وإن كانت نصًا. فإن كان في الكلام المنقول شيء من الحذف، جعلت مكان المحذوف نقاطاً متتابعة.

٤) عند البدء في القسم التطبيقي من البحث ترتب المسائل على الأبواب الفقهية بنفس ترتيب الكتاب محل البحث (كتاب التجريد) بدءاً بالطهارة وانتهاءً بأدب القاضي مقتصرة في كل مبحث على خمس مسائل تطبيقية أو أقل نظراً لكثرة الكتب والمسائل.

٥) الالتزام بعرض بعض المسائل الفقهية، وذكر الأقوال من غير التعرض لمناقشتها لأنه خروج عن الغرض المقصود من البحث.

٦) الترجمة للأعلام عند أول ذكرٍ لهم في البحث، واستثناء المشهورين الذين تغني شهرتهم عن التعريف بهم، مثل الخلفاء الراشدين والمشهورين من الصحابة والأئمة الأربعة ومشاهير العلماء.

٧) عزو الآيات بذكر رقم الآية واسم السورة.

٨) تخريج الأحاديث من الصحيحين والاكتفاء بهما أو بواحد منهما، فإن لم توجد فيهما أو في أحدهما فبالرجوع إلى الكتب الصحاح الأخرى وغيرها كالسنن الأربع والموطأ والمسند... ثم أقوم بذكر من تكلم على الحديث تصحيحاً وتضعيفاً من أئمة النقد بشكل مختصر. والإشارة في الحاشية إلى اسم الكتاب والباب ورقم الحديث ثم الجزء والصفحة - إن تيسر -.

٩) الاستناد في ذكر الأقوال إلى الكتب المعتمدة من كل مذهب عند عرض المسائل الفقهية قدر الإمكان.

١٠) شرح الكلمات الغريبة الواردة في البحث، إما من كتب غريب الحديث أو معاجم اللغة.

١١) جعل في آخر البحث خاتمة، يذكر فيها أهم نتائج البحث والتوصيات باختصار.

١٢) عمل فهارس علمية في نهاية البحث شاملة للآيات والأحاديث والآثار و المفردات والمصادر والمراجع و الموضوعات.

۞ خطة البحث:

اشتمل هذا البحث على مقدمة، وتمهيد وفصلين وخاتمة، وفهارس.

أما المقدمة فتشتمل على أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، وخطة البحث ومنهجه، والشكر والتقدير.

أما التمهيد ففيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالإمام القُدوري ~ تعريفًا موجزًا.

ويشتمل على المطالب التالية:

المطلب الأول: اسمه ونسبه – مولده ونشأته – أسرته.

المطلب الثاني: أشهر شيوخه وتلاميذه.

المطلب الثالث: صفاته الخُلُقِيَّة و الخَلْقِيَّة – أقوال العلماء فيه – مكانته بين فقهاء المذهب.

المطلب الرابع: تصانيفه ووفاته.

المبحث الثاني: التعريف بكتاب (التجريد).

ويضم المطالب التالية:

المطلب الأول: نسبة الكتاب إلى المؤلف.

المطلب الثاني: تاريخ تصنيف الكتاب ومحتوياته.

المطلب الثالث: منهج المؤلف في عرض المادة العلمية.

المطلب الرابع: أسلوب الكتاب.

المطلب الخامس: أهمية الكتاب.

المطلب السادس: الجهود العلمية التي بذلت حول الكتاب.

الفصل الأول: دراسة نظرية لقادح الفرق.

وفيه تمهيد وستة مباحث:

فالتمهيد في القياس ومسالك العلة وقوادحها إجمالاً ويشمل أربعة مطالب :

المطلب الأول: تعريف القياس ومكانته باعتباره مصدراً من مصادر التشريع.

المطلب الثاني: أركان القياس.

المطلب الثالث: مسالك العلة.

المطلب الرابع: قوادح العلة.

المبحث الأول: تعريف قادح الفرق.

المبحث الثاني: مايرجع إليه الفرق.

المبحث الثالث: أنواع الفرق.

المبحث الرابع:الخلاف في القدح به.

المبحث الخامس: شروط القدح بالفرق.

المبحث السادس: جواب القدح بالفرق.

الفصل الثاني في التطبيق الفقهي من كتاب (التجريد) على قادح الفرق.

ويكتنف تمهيد وخمسة مباحث:

التمهيد : طريقة القُدوري (رحمه الله) في كتابه (التجريد) وتعبيره عن قادح الفرق فيه.

المبحث الأول: في التطبيقات الفقهية في ربع العبادات. وبه خمسة مطالب:

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الطهارة.

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الصلاة.

المطلب الثالث: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الزكاة.

المطلب الرابع: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الصيام.

المطلب الخامس: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الحج.

المبحث الثاني في التطبيقات الفقهية في ربع المعاملات المالية.

ويشمل ستةً وعشرين مطلبًا:

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب البيوع.

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الرهن.

المطلب الثالث: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب التفليس.

المطلب الرابع: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الحجر.

المطلب الخامس: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الصُلح.

المطلب السادس: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الحوالة.

المطلب السابع: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الشركة.

المطلب الثامن: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الوكالة.

المطلب التاسع: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الإقرار.

المطلب العاشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب العارية.

المطلب الحادي عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الغصب.

المطلب الثاني عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الشُفعة.

المطلب الثالث عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب المضاربة.

المطلب الرابع عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب العبد المأذون في التجارة.

المطلب الخامس عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب المساقاة.

المطلب السادس عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الإجارة.

المطلب السابع عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب إحياء الموات.

المطلب الثامن عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الوقف.

المطلب التاسع عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الهبة.

المطلب العشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب اللُقطة.

المطلب الواحد والعشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب اللقيط.

المطلب الثاني والعشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الفرائض.

المطلب الثالث والعشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الوصايا.

المطلب الرابع والعشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الوديعة.

المطلب الخامس والعشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب قسم الغنائم.

المطلب السادس والعشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب قسم الصدقات.

المبحث الثالث في التطبيقات الفقهية في ربع الأنكحة (المعاملات الأسرية).

وتحته عشرة مطالب:

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب النكاح.

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الصداق.

المطلب الثالث: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الخلع.

المطلب الرابع: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الطلاق.

المطلب الخامس: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الرجعة.

المطلب السادس: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الإيلاء.

المطلب السابع: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الظهار.

المطلب الثامن: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب اللعان.

المطلب التاسع: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب العدة.

المطلب العاشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب النفقات.

المبحث الرابع في التطبيقات الفقهية في ربع الجنايات. وتحته عشر مطالب:

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب القصاص.

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الديات.

المطلب الثالث: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب قتال أهل البغي.

المطلب الرابع: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الحدود.

المطلب الخامس: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب السرقة.

المطلب السادس: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب قطاع الطرق.

المطلب السابع: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الأشربة.

المطلب الثامن: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب صول الفحل.

المطلب التاسع: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب السير.

المطلب العاشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الجزية.

المبحث الخامس في التطبيقات الفقهية في كتب الصيد والذبائح و الآداب. وتحته سبع مطالب:

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الصيد والذبائح.

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الأضاحي.

المطلب الثالث: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الأطعمة.

المطلب الرابع: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب السبق والرمي.

المطلب الخامس: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الإيمان.

المطلب السادس: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب النذور.

المطلب السابع: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب أدب القاضي.

الخاتمة:

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات بإيجاز.

الفهارس. وهي كالآتي:

١- فِهْرس الآيات القرآنية.

٢- فهرس الأحاديث النبوية.

٣- فهرس البلدان.

٤- فهرس الأعلام المترجم لهم.

٥- فهرس المصطلحات.

٦- فهرس المصادر والمراجع.

٧- فهرس الموضوعات.

شكر وتقدير

انطلاقاً من قول النبي ﷺ "من لم يشكر الناس، لم يشكر الله"[1]. فإنني أشكر -بعد شكر الله تعالى- والدي الكريمين اللذين مافتئ كل منهما في حثي على الاستزادة من طلب العلم الشرعي، فأشكرهما على حسن توجيهها، وجميل رعايتهما، وصادق دعائهما لي. وأعلم يقيناً أني لن أدُرك جزاء فضلهما علي، أسأل الله تعالى أن يحفظهما بحفظه، وأن يُجزل لهما الأجر والمثوبة، وأن يرحمهما كما ربياني صغيرا.

ثم إنني أعجز عن تقديم الشكر إلى زوجي الكريم الذي كان له الفضل - بعد الله تعالى - في الوصول إلى هذه المرحلة ووقوفه معي طيلة أيام الدراسة والبحث فله عظيم الشكر والتقدير.

وأُسدي الفضل إلى جامعتنا العزيزة على ما تقدمه من خدمة للعلم وطلابه وعلى جهودها في تفويج طلاب العلم، وتنوير المجتمع، وبناء لصحوة راشدة مبنية على الكتاب والسنة، ثبت الله أقدامها، ورفع أعلامها وجعلها معلماً شامخاً للعلم.

ثم تقف الكلمات عاجزة عن الاعتراف بالجميل لسعادة الدكتور / سعيد مصيلحي. والمشرف على هذه الرسالة إذ كان نعم العون لي - بعد الله تعالى - في تجاوز كثير من إشكالات البحث، ينشطني بكلماته الحماسية، وينبهني إلى بعض موارد البحث، وما يمكن أن أنتفع به في بعض جزئياته، يوجه لي الآراء المفيدة والإشارات السديدة.

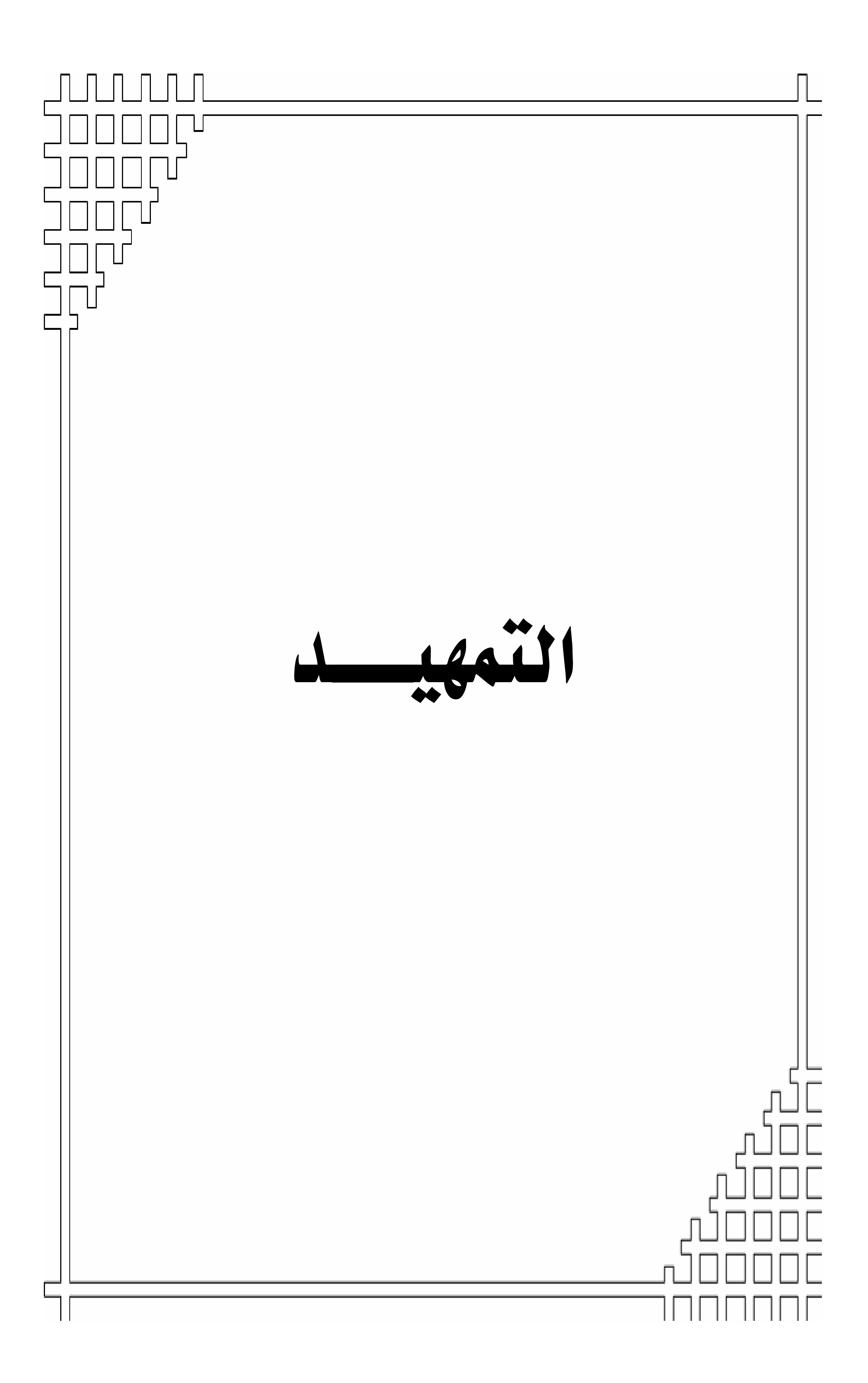
(١) خرجه أحمد بن حنبل في مسند أبي هريرة وقال شعيب الأرناؤوط: إسناده صحيح ورجاله ثقات، وخرجه أبو داود في كتاب الأدب، باب شكر المعروف رقم الحديث (٤٨١١)، وخرجه الترمذي في كتاب البر و الصلة، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك، رقم الحديث (١٩٥٥) وقال: حسن صحيح. انظر: مسند أحمد بن حنبل لأحمد بن حنبل الشيباني مؤسسة قرطبة القاهرة(ج٢/ ٢٥٨) الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرناؤوط، وسنن أبي داود لسليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني دار الفكر تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد (ج ٤/ ص ٢٥٥)، وسنن الترمذي لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي دار إحياء التراث بيروت تحقيق أحمد محمد شاكر(ج ٤/ ص٣٣٩).

ولا عجب في ذلك فقد عُرِفَ سعادته بالدقة العلمية و التواضع الجم، وطيب القلب، أجزل الله له المثوبة، ونفع به المسلمين.

ولا أنسى صنيع المرشد العلمي على خطة هذا البحث فضيلة الشيخ الدكتور/ عبد الرحمن القرني الذي كان له الفضل - بعد الله - في اختيار هذا الموضوع وتوجيهي، فجزاه الله خير الجزاء عما قدم لي في تلك الفترة.

وللشيخين الفاضلين المناقشين جزيل العرفان على ما تجشَّمَاه من قراءة هذا البحث، وتبيين ما فيه من نقص وملحوظات بغية الانتفاع بها، ورحم الله امرأً أهدى إلي عيوبي.

وأشكر أيضا كل من ساعدني في هذا البحث بتصحيح، أو مراجعة، أو إعارة كتاب، أو طباعة، داعيةً للجميع بالتوفيق والسداد، و الهداية إلى سبيل الرشاد.



التمهيد

التمهيـــد

التعريف بالإمام القُدوري
وكتابِه (التجريد)

ويشتمل على مبحثيـن :

۞ **المبحث الأول : التعريف بالإمام القُدوري تعريفًا موجزًا .**

۞ **المبحث الثاني : التعريف بكتاب (التجريد) .**

المبحث الأول

التعريف بالإمام القُدوري ~
تعريفًا موجزًا

وفيه أربعة مطالـب : -

- **المطلب الأول: اسمه ونسبه – مولده ونشأته – أسرته .**
- **المطلب الثاني: أشهر شيوخه وتلاميذه.**
- **المطلب الثالث: صفاته الخُلُقِيَّة و الخِلْقِيَّة – أقوال العلماء فيه – مكانته بين فقهاء المذهب.**
- **المطلب الرابع: تصانيفـه وفاتـــه.**

* *   * ** *   * *

المطلب الأول: اسمه ونسبه، مولده ونشأته، أسرته

للإمام القُدوري مكانة عظيمة بين العلماء لذلك رأيت أن أُترجم له ولكتابه (التجريد) وأُفرد لكلٍ منهما مبحثاً.

◈ اسمه ونسبه:

والقُدوري أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان البَغدادي القُدوري بضم القاف والدال المهملة بعد الواو قيل إنه نسبة إلى قرية من قرى بغداد يقال لها قُدُّورة، وقيل نسبة إلى صنعة القُدُور، وقيل نسبة إلى بيع القُدُور التي هي جمع (قِدْر)، والراجح القُدُوْري كما جزم به علامة الأنساب السمعاني[1]، ولد ببغداد سنة ٣٦٢هـ[2].

◈ مولده ونشأته.

ولد الإمام القدوري في بيت علم، فقد كان أبوه عالماً ومحدثاً، وكانت بغداد

(١) انظر : تاريخ بغداد لأحمد بن علي أبي بكر الخطيب البغدادي دار الكتب العلمية بيروت (٤/ ٣٧)، والأنساب لأبي سعيد عبدالكريم السمعاني دار الفكر بيروت ١٩٩٨م الطبعة الأولى (٤/ ٤٦٠).

وهو: أبو سعد السمعاني تاج الإسلام عبد الكريم بن محمدبن منصور المروزي الشافعي محدث المشرق وصاحب تصانيف كثيرة منها (الذيل على تاريخ الخطيب) و (طراز الذهب في أدب الطلب) و(تاريخ مرو) ولد سنة ٥٠٦هـ وتوفي سنة ٥٦٢هـ بمرو. انظر : شذرات الذهب للحنبلي (٤/ ٢٠٥-٢٠٦).

(٢) انظر: تاريخ بغداد لأحمد بن علي أبي بكر الخطيب البغدادي (٤/ ٣٧)، و الأنساب لأبي سعيد عبدالكريم السمعاني (٤/ ٤٦٠)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان أبو العباس شمس الدين ابن خلكان دار الثقافة لبنان تحقيق إحسان عباس (١/ ٧٨-٧٩)، و سير أعلام النبلاء لمحمد بن أحمد الذهبي مؤسسة الرسالة بيروت ١٤١٣هـ الطبعة التاسعة (١٧/ ٥٧٤-٥٧٥)، و البداية والنهاية لابن كثير إسماعيل بن عمر أبي الفداء مكتبة المعارف بيروت (١٢/ ٢٤، ٣٩-٤٠)، و طبقات الحنفية لعبد القادر بن أبي الوفاء القرشي كراتشي (١/ ٩٣)، و شذرات الذهب للحنبلي (٢/ ٢٣٣)، والفوائد البهية في تراجم الحنفية للعلامة أبي الحسنات محمد عبدالحي اللكنوي، تحقيق محمد بدر الدين النعماني دار الكتاب الإسلامي (ص ٣٠-٣١).

تمـوج آنـذاك بحركـة علميـة نـشطة، تمثلـت مظاهرهـا في انتـشار المـدارس والمكتبـات الحافلـة[1]، وانعقـاد الحلقـات العلميـة والمنـاظرات وكثـرة الأعـلام وأئمـة الفكـر، ومـشاهير العلماء والفقهـاء مثـل: أبي بكـر الـرازي المعـروف بالجـصاص[2]، وأبي عبـد الله النيسابوري[3]، **والقاضي أ القاسم** التنوخي[4]، وغيرهم.

ولا شك أن القدوري تأثر بهذه البيئة العلمية التي نبغ فيها هـؤلاء الأعـلام فحفـظ القرآن الكريم، وتعلم العلوم الشرعية المختلفة من تفسير وحديث وكـلام وفقـه وأصـول فقه وغيرها حتى بلغ أشده وتوقد ذهنه ونضج[5].

◈ أسرتـــــه:

والده هو محمـد بـن أحمـد بـن جعفـر بـن حمـدان أبـو بكـر القـدوري[6]، وللقُـدوري ابن واحد وهو محمد بن أحمد بن محمـد أبـو بكـر، سـمع الحـديث مـن أبي عـلي الحـسن بـن

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) وهو أحمد بن علي أبو بكر الرازي المعروف بالجصاص الإمام الكبير الحنفي، ولد سنة ٣١٥ هـ، انتقل إلى بغداد وأخذ عنه علماؤها، انتهت إليه رياسة الأصحاب في وقته، وكـان ورعـاً زاهـداً، تـوفي في ذي الحجة سنة ٣٧٠هـ وكان عمره ٦٥سنة. انظر: طبقات الحنفية (ص ٨٤-٨٥).

(٣) هو: أبو عبدالله محمد بن الجنيد النيسابوري، سمع بدمشق وغيرها مـن بـلاد الـشام، وحـدث بجرجـان، و حدث عنه أبو بكر الإسماعيلي. انظر: تاريخ جرجان لحمزة بن يوسف أبو القاسم الجرجاني عـالم الكتـب بيروت ١٤٠١هـ الطبعة الثالثة (ج١/ ٤٠١).

(٤) هو أبو القاسم عـلي بـن التنـوخي سماعاته صـحيحة، ورُمِيَ بـالاعتزال، وكـان متحفظـا في الـشهادة عنـد الحكام ولد سنة ٢٧٨هـ قـدم بغـداد وتفقـه عـلى المـذهب الحنفـي، وسـمع مـن الحـسن بـن أحمـد الكرمـاني وغيره، وكان يقول الشعر توفي سنة ٣٤٢هـ. انظر: تاريخ بغداد (١٢/ ٧٧).

(٥) انظر: الأنساب للسمعاني (٤/ ٤٦٠)، وسير أعلام النـبلاء للـذهبي(١٧/ ٥٧٤-٥٧٥)، والفوائـد البهيـة للكنوي(ص٣٠).

(٦) انظر: طبقات الحنفية (١/ ١٠-١١).

أحمد بن شاذن[1] وغيره، ولم يعلمه الفقه وكان يقول دعوه يعيش لروحه فمات شاباً قبل أوان الرواية سنة ٤٤٠هـ[2].



(١) هو الإمام الفاضل الصدوحق أبو علي الحسن بن أحمد بن إبراهيم بن محمد بن شاذان حنفي الفروع، ولد في ربيع الأول سنة٣٣٩هـ سمع أحمد بن كامل وعبد الباقي بن قانع القاضيين توفي مستهل محرم من سنة ٤٢٦هـ. انظر: سير أعلام النبلاء(١٧/ ٤١٥-٤١٦)، و طبقات الحنفية (١/ ١٨٦-١٨٧).

(٢) انظر: طبقات الحنفية (٢/ ٢٣).

المطلب الثاني: أشهر شيوخه وتلاميذه[1]

تلقى القُدوري العلم على يد جملة من علماء عصره وكان من أشهرهم:

١- أبو الحسين عبيد الله بن محمد بن أحمد بن محمد الشيباني المعروف بالحَوشبِي[2].

٢- أبو بكر محمد بن علي بن الحسن بن إبراهيم العَنبري[3].

٣- أبو عبد الله الفقيه محمد بن يحيى الجرجاني[4].

◈ **أشهر تلاميذه[5]:**

تتلمذ على يد القُدوري جماعة من العلماء المتميزين في عصرهم وبين أقرانهم ومنهم:

١- أبو بكر الخطيب صاحب التاريخ[6].

(١) انظر: تاريخ بغداد(٤/ ٣٧٧)، و طبقات الحنفية(٢/ ٢٣)، والفوائد البهية لللكنوي(ص٣٠).

(٢) هو أبو الحسين عبيد الله بن محمد بن أحمد بن محمد بن أحوى بن العوام بن حوشب الشيباني المعروف بالحوشبي ولد سنة ٢٩٤هـ وكان ثقة ثبتا مستورا سمع من عدد من العلماء منهم أحمد الدقاق وغيره، توفي سنة ٣٧٥هـ. انظر: تاريخ بغداد للخطيب البغدادي(١٠/ ٣٦١)، و الأنساب للسمعاني (٢/ ٢٨٨).

(٣) هو أبو بكر محمد بن علي بن الحسن بن إبراهيم بن سويد بن مالك بن معاوية بن الحشماش العنبري، حدث عن أبي القاسم البغوي، وكان قد سافر كثيرا و كتب عن الغرباء. انظر: تاريخ بغداد للخطيب البغدادي (٣/ ٨٨-٨٩).

(٤) هو ركن الإسلام أبو عبدالله محمد بن يحيى بن مهدي الجرجاني أحد الأعلام، وهو قد أخذ الفقه عن أحمد الجصاص، كان يدرس بالمسجد الذي بقطيعة الربيع، وحصل له مرض الفالج في آخر عمره مات سنة ٣٩٨هـ ومن مؤلفاته (ترجيح مذهب أبي حنيفة). انظر: تاريخ بغداد للخطيب البغدادي (٣/ ٤٣٣)، والفوائد البهية لللكنوي (ص٢٠٢).

(٥) انظر: تاريخ بغداد للخطيب البغدادي (٤/ ٣٧٧)، و شذرات الذهب للحنبلي (٣/ ٢٣٣)، والفوائد البهية لللكنوي(٣٠-٣١).

(٦) هو: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت البغدادي المعروف بالخطيب ولد سنة ٣٩٢هـ أحد الحفاظ المؤرخين =⇐

٢- قاضي القضاة الدامغاني[(١)].

٣- المُفَضَّل بن مسعود بن محمد بن يحيى بن أبي الفرج التَنُوخِي[(٢)] الفقيه النحوي القاضي.

٤- أبو نصر أحمد بن محمد المعروف بالأقطع[(٣)].

٥- أبو الحارث محمد بن أبي الفضل السرخسي[(٤)].



= المقدمين نشأ ببغداد رحل إلى العديد من البلدان كان حافظا ناقدا محدث وقته، صاحب تصانيف منها (تاريخ بغداد) توفي ببغداد سنة ٤٦٣هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (١٨/ ٢٧٠-٢٧٩)، و طبقات الشافعية الكبرى (٤/ ٢٩).

(١) هو قاضي القضاة أبو عبدالله محمد بن علي بن محمد بن الحسين الدامغاني الكبير الإمام العلامة ولد سنة ٣٩٨هـ تفقه على القدوري وغيره ولي القضاء وكان نزيها عفيفا، انتهت إليه الرئاسة في مذهب العراقيين، وبقي بالقضاء مدة ثلاثين سنة توفي سنة ٤٧٨هـ. انظر: شذرات الذهب للحنبلي (٣/ ٣٦٢)، والفوائد البهية للكنوي(ص١٨٢).

(٢) هو المُفَضَّل بن مسعود بن محمد بن يحيى بن أبي الفرج التنوخي الفقيه القاضي النحوي، من مؤلفاته كتاب (أخبار النحويين)، وله (رسالة في وجوب غسل الرجلين) وغيرهما، مات سنة ٤٤٢هـ وقيل ٤٤٣هـ. انظر: طبقات الحنفية(١/ ١٧٩).

(٣) هو أبو نصر أحمد بن محمد بن محمد المعروف بالأقطع سكن بغداد، درس الفقه على مذهب أبي حنيفة على: أبي الحسين القدوري حتى برع فيه، وخرج من بغداد سنة (٤٣٠هـ) إلى الأهواز وكان يدرس هناك إلى أن توفي سنة ٤٧٤هـ. انظر: طبقات الحنفية (١/ ٣٦١)، و الفوائد البهية (ص٤٠).

(٤) أبو الحارث محمد بن أبي الفضل محمد السرخسي تفقه ببغداد من طبقة الدامغاني وذكر عن القدوري أنه قال: ما جاء من خرسان وعين النهر أفقه منه، وأقام ببغداد اثنتي عشرة سنة. انظر: طبقات الحنفية (٢/ ١١٠).

المطلب الثالث: صفاته الخُلُقِيَّة والخَلْقِيَّة. أقوال العلماء فيه. مكانته بين فقهاء المذهب.

كان حسن العبَارة في النَظْم، جزل اللسان، فقيهاً، ثقةً، صدوقاً، عزَّ قدره وارتفع جاهه، سمع الحديث وكان مُدِيماً لقراءة القرآن كثيرَ المناظرة، فكان يُناظر الشيخ أبا حامد الإسفراييني[1] الفقيه الشافعي ويُبالغ في تعظيمه، وناظر أبا الطيب الطبري[2].

وجاء في (طبقات الشافعية الكبرى) و(شذرات الذهب) أنه "لم يُحدث إلا بشي يسير وكان من أنجب العلماء في الفقه لذكائه"[3].

كما أنه شيخ الحنفية بالعراق انتهت إليه رئاسة المذهب الحنفي ببغداد العاصمة العلمية والثقافية للدولة العباسية آنذاك، وعَظُمَ جَاهه وبَعُدَ صيته وأَقَرَّ له بذلك علماء زمانه وفُضلاء عصره[4].

◈ أقوال العلماء فيه:

لاشك أن النفوس تستريح للأخذ عن عالم يثني عليه العلماء الصادقون من أهل العلم والمعرفة، وهناك كلمات رائعة قيلت فيه أذكر منها:

---

(١) هو: أحمد بن أبي طاهر محمد بن أحمد أبو حامد الإسفراييني شيخ العراق وإمام الشافعية ومن إليه انتهت رئاسة المذهب، قدم بغداد صبياً فتفقه على ابن مرزبان ولد سنة ٣٤٤هـ واشتغل بالعلم وأفتى وهو ابن سبع عشرة سنة توفي ببغداد في شوال سنة ٤٠٦هـ. انظر: شذرات الذهب للحنبلي(٣/ ١٧٨).

(٢) هو طاهر بن عبدالله بن طاهر أبو الطيب الطبري الفقيه الشافعي، ولد سنة ٣٤٨هـ سمع بجرجان و نيسابور، وقدم بغداد، واستوطن بها وحدث ودرس وأفتى، ثم ولي القضاء بربع الكرخ إلى حين وفاته سنة ٤٥٠هـ. انظر: تاريخ بغداد للخطيب البغدادي (٩/ ٣٥٨).

(٣) انظر: تاريخ بغداد للخطيب البغدادي (٤/ ٣٧٧)، و طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٥/ ٣٦)، و شذرات الذهب للحنبلي (٣/ ٢٣٣).

(٤) انظر: تاريخ بغداد (٤/ ٣٧٧)، و طبقات الحنفية (٢/ ٢٣).

ما قال عنه تلميذه الخطيب البغدادي: (كتبت عنه وكان صدوقاً، وكان ممن أَنْجَبَ في الفقه لذكائه، وانتهت إليه بالعراق رئاسة أصحاب أبي حنيفة ~ ، وعظم عندهم قدره، وارتفع جاهه)[1].

وقد جعله بعض العلماء في الطبقة الخامسة من طبقات أهل العلم بالمذهب، حيث قسَّموا فقهاء الحنفية إلى سبع طبقات، وهي:

١- طبقة المجتهدين في الشرع: كالأئمة الأربعة[٢].

٢- طبقة المجتهدين في المذهب: كأبي يوسف[٣]، ومحمد[٤] القادرين على استخراج الأحكام من الأدلة المذكورة على مقتضى القواعد التي قررها أستاذهم أبو حنيفة ~ .

٣- طبقة المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب كأبي الحسن الكرخي[٥]، وفخر الإسلام البزدوي[٦].

---

(١) انظر: تاريخ بغداد (٤/ ٣٧٧).

(٢) وهم الإمام أبو حنيفة النعمان، والإمام مالك، و الإمام الشافعي، والإمام أحمد بن حنبل.

(٣) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي أبو يوسف صاحب الإمام أبو حنيفة وتلميذه وأول من نشر مذهبه، ولد بالكوفة سنة ١١٣هـ وهو أول من وضع أصول الفقه على مذهب أبو حنيفة وكان أبو يوسف فقيها من الطراز الأول فقد خالف أستاذه أبا حنيفة في الكثير من المواضع، ومن مؤلفاته (النوادر - والأمالي - الأثار) توفي سنة ١٨٢هـ. انظر: شذرات الذهب للحنبلي (١/ ٢٩٨)، الفوائد البهية لللكنوي(٢٢٥).

(٤) هو محمد بن الحسن بن واقد من موالي بني شيبان أبو عبدالله إمام في الفقه والأصول، ولد سنة ١٣١هـ وهو الذي نشر علم أبي حنيفة، وغلب عليه مذهبه، وعرف به، اشتهر بالتبحر في الفقه والأصول من مؤلفاته (الجامع الكبير والجامع الصغير، والمبسوط في فروع الفقه) توفي سنة ١٨٩ هـ. انظر: شذرات الذهب (١/ ٣٢١-٣٢٢)، و الفوائد البهية (ص ١٦٣).

(٥) هو عبيد الله بن الحسين الكرخي أبو الحسن الفقيه الحنفي المشهور، كان أديباً خيراً فاضلاً سكن بغداد ودرس بها الفقه الحنفي وانتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة وانتشر أصحابه في البلاد رماه أبو الحسن بن الفرات بالاعتزال، مات سنة ٣٤٥هـ. انظر: تاريخ بغداد (١٠/ ٣٥٣).

(٦) هو علي بن محمد بن الحسين أبو الحسن، فخر الإسلام البزدوي، فقيه أصولي من أكابر الحنفية، اشتهر =

٤- طبقة أصحاب التخريج من المقلدين: كالرازي[1]، فإنهم لا يقدرون على اجتهاد أصلاً ولكنهم لإحطتهم الأصول وضبطهم يقدرون على تفصيل القول المجمل ذي وجهين وحكم مبهم يحتمل الأمرين منقول عن صاحب المذهب أو أحد أصحاب المجتهدين.

٥- طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين: كأبي الحسين القُدوري، وشأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض بقولهم: هذا أدنى، وهذا أصح رواية، وهذا أوضح، وهذا أوفق للقياس، وهذا أرفق للناس.

٦- طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين القولين: الأقوى والقوي والضعيف وظاهر الرواية وظاهر المذهب.

٧- طبقة المقلدين الذين لا يفرقون بين الغث والسمين ولا يميزون الشمال عن اليمين.

فالقُدوري عند الحنفية في الطبقة الخامسة من فقهاء المذهب أصحاب الترجيح من المقلدين[2].



بتبحره في الفقه كما اشتهر بعلم الأصول، وروى عنه المديني والخطيب ومن مؤلفاته (كنز الوصول إلى معرفة الأصول)، وقد كان لأصوله أهمية عظيمة دعت العلماء إلى الاعتناء بشرحه من أهمها: شرح عبدالعزيز البخاري المسمى بـ (كشف الأسرار) توفي سنة ٤٨٢هـ انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية (ص١٢٤).

(١) هو فخر الدين الرازي محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين البكري أبو عبدالله الإمام المفسر وهو قرشي النسب أصله من طبرستان ومولده في الري سنة ٥٤٤هـ ويقال له ابن خطيب الري اشتهر بقدرته على الدفاع عن الدين وكان يلقب في هراة بشيخ الإسلام من مؤلفاته (معالم الأصول)، و (مفاتيح الغيب)، و(المحصول في أصول الفقه) وغيرها توفي سنة ٦٠٦ هـ. انظر: شذرات الذهب (ج٥/ ص٢١).

(٢) انظر: طبقات الحنفية (١/ ٥٥٨-٥٥٩).

المطلب الرابع: تصانيفه[1]، وفاته

لم يورد عن القدوري كثرة التصانيف إلا أن ما ورد عنه كان كافيًا للوقوف على سعة علمه واطلاعه.

١- صنف في المذهب المختصر المشهور المبارك المتداول بين أيدي طلبة العلم والمسمى بـ(الكتاب). وقد شرحه عدد كثير جداً من العلماء منهم:

- أبو نصر أحمد بن محمد الأقطع.
- نجم الدين مختار بن محمود الزاهدي[2] في(المُجتبى).
- المطهر بن الحسين اليزدي[3] في (اللُباب).

٢- شرح (مختصر الكرخي) [4].

٣- ومن كتبه: كتاب (التجريد) مشتملاً على الخلاف بين أبي حنيفة والشافعي

---

(١) انظر: النجوم الزاهرة لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغري بردي الأتابكي وزارة الثقافة مصر (٥/ ٢٤-٢٥)،و الفوائد البهية للكنوي (ص٣٠-٣١)، تاريخ بغداد للخطيب البغدادي (٤/ ٣٧٧)، و طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٥/ ٣٦)، و شذرات الذهب للحنبلي (٣/ ٢٣٣).

(٢) هو مختار بن محمود بن محمد الزاهدي أبو الرجاء الإمام الملقب نجم الدين له شرح نفيس للقدوري تفقه على علاء الدين بن سديد وغيره، توفي سنة ٦٥٨هـ، له رسالة لطيفة تسمى (الناصرية) صنفها لبركة خان. انظر طبقات الحنفية (١/ ١٦٦).

(٣) هو المطهر بن الحسين بن سعد بن علي بن بندار اليزدي له شرح القدوري سماه (اللباب) في مجلدين كنيته أبو سعد جلال الدين ويلقب بجلال الدين القاضي شيخ الإسلام توفي سنة ٥٩١هـ. انظر طبقات الحنفية (١/ ١٧٥).

(٤) وهي مخطوط في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية قام بعض الطلبة بتحقيق أجزاء منها مثل عادل بن عبدالله العبدالقادر من أول كتاب الحدود إلى نهاية كتاب الحوالة بتاريخ ١٤٣١هـ. والطالب: عبدالمحسن بن عبدالله بن عثمان الراشد؛ إشراف سليمان بن عبدالله بن حمود أبا الخيل ١٤٢٩هـ. والطالب: فهد بن ابراهيم بن عبدالعزيز المشيقح ؛ إشراف سليمان بن عبدالله بن حمود أبا الخيل ١٤٢٧هـ. والطالب :عبد الله بن عبد العزيز الغملاس ١٤٢٦هـ.

وذكر أنه ألفه في سبعة أسفار وشرع في إملائه سنة ٤٠٥هـ.

٤- كتاب (التقريب) في المسائل الخلافية بين أبي حنيفة وأصحابه مجرداً عن الدلائل.

٥- صنف (التقريب الثاني) فذكر المسائل مع أدلتها.

٦- صنف ~ مختصراً لابنه محمد بن أحمد.

◈ وفاتـــــــه.

توفي القُدوري يوم الأحد الخامس من رجب وقيل منتصف رجب سنة ٤٢٨هـ ببغداد ودفن من يومه بداره في درب أبي خلف، ثم نُقِل إلى تُربة في شارع المنصور، فَدُفِن بجانب أبي بكر الخوارزمي[1] الفقيه الحنفي، وعمره ٦٦ سَنة[2].



(١) هو الإمام الحافظ شيخ الفقهاء والمحدثين أبو بكر أحمد بن محمد الخوارزمي البرقاني الشافعي، شيخ بغداد سمع من أبي العباس بن حمدان بخوارزم وغيره، وله تصانيف كثيرة وخَرَّج على الصحيحين، وكان ثقة ورعاً ثبتاً لم يكن في الشيوخ أثبت منه توفي سنة ٤٢٥هـ.

انظر: تاريخ بغداد لخطيب البغدادي (٤/ ٣٧٣).

(٢) انظر: شذرات الذهب (٣/ ٢٣٣)، الفوائد البهية (٣٠-٣١).

المبحث الثاني

التعريف بكتاب (التجريد)

وفيه ستـة مطالـب : -

- المطلب الأول: نسبة الكتاب إلى المؤلف.
- المطلب الثاني: تاريخ تصنيف الكتاب ومحتوياته.
- المطلب الثالث: منهج المؤلف في عرض المادة العلمية للكتاب.
- المطلب الرابع: أسلوب الكتاب.
- المطلب الخامس: أهمية الكتاب. وأقوال العلماء فيه.
- المطلب السادس: الجُهود العلمية التي بُذِلت على الكتاب.

* *   * ** *   * *

المطلب الأول: نسبة الكتاب إلى المؤلف

كل من ترجم للقُدوري أو نقل عنه ذكر التجريد ضمن كتبه، مما يقطع معه بثبوت نسبته له.

مثال: جاء في كتاب (فتح القدير): " قال القدوري في التجريد الصحيح من مذهب أبي حنيفة.... إلخ " [1].

وقال الزركشي في كتابه (البحر المحيط): " وقد ذكر القدوري في كتابه التجريد في الحديث تقديرين.... إلخ " [2].

وذكر صاحب كتاب (البحر الرائق): " ذكره القدوري في التجريد عن أبي حنيفة... "[3].

وورد في كتاب (كشف الظنون): " تجريد القدوري...... وهو في مجلد كبير أوله اللهم اعصمنا من الزلل.... إلخ " [4].

كذلك في كتاب (مجمع الأنهر): " وهو الصحيح كما في..... و القُدوري في التجريد.. إلخ "[5].

---

(١) لكمال الدين محمد السيواسي وهو كتاب في الفقه الحنفي، دار الفكر بيروت الطبعة الثانية(١/ ١٥٩).

تنبيه: قد يورد التجريد في كتب الحنفية مطلقاً بدون ذكر صاحبه فيكون المراد به تجريد القدوري، أما إذا ورد مطلقاً في كتب الشافعية فهو إنما يراد به كتاب التجريد لأبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم المحاملي ويقال له: لابن كج. انظر: المجموع للنووي دار الفكر بيروت ١٩٩٧م (١/ ١٥٠، ١٨٨).

(٢) البحر المحيط للزركشي (٢/ ٣٨٤).

(٣) لزين الدين ابن نجيم الحنفي دار المعرفة بيروت الطبعة الثانية(٤/ ٣٧٤).

(٤) لمصطفى بن عبدالله القسطنطيني الحنفي دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٣هـ ١٩٩٢م (١/ ٣٤٦).

(٥) لعبد الرحمن بن محمد المدعو شيخي زاده وهو كتاب في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٤١٩هـ (١/ ٢٩٧).

وجاء في كتاب (غمز عيون البصائر): "وفي تجريد القدوري أن الصحيح من مذهب الإمام..... إلخ "(١).

كما ورد في كتاب (حاشية ابن عابدين): "ورجحه... و القُدوري في التجريد..."(٢).

وقال اللكنوي(٣) عند ترجمته للقُدوري: (وكتاب التجريد مشتمل على الخلاف بين أبي حنيفة والشافعي مجرداً عن الدلائل)(٤).



(١) لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد الحموي الحنفي دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤٠٥هـ الطبعة الأولى (٤/ ٨٠).

(٢) لابن عابدين وهو كتاب في الفقه الحنفي، دار الفكر بيروت ١٤٢١هـ (٢/ ٢٨٢).

(٣) هو العلامة أبي الحسنات محمد عبدالحي اللكنوي الهندي ولد في ذي القعدة حين كان والده مدرساً، وشرع في حفظ القرآن وهو ابن خمس سنين و تعلم العلوم وقرأها في حضرة والده، ثم اشتغل بالتأليف والتصنيف حيث بلغت أربع وأربعين مصنف، من مصنفاته (الفوائد البهية في تراجم الحنفية) وغيرها، توفي في جمادى الثاني ١٢٩٣هـ. انظر: الفوائد البهية(ص٢٤٨-٢٤٩).

(٤) قوله: (مجردا عن الدلائل) غير دقيق، فكل من طالع كتاب التجريد يجد القدوري يورد أدلة الأحناف، ثم أدلة الشافعية، ثم يناصر أدلة الأحناف ويرد على أدلة الشافعية. انظر: الفوائد البهية للكنوي (ص ٣٠).

المطلب الثاني: تاريخ تصنيف الكتاب ومحتوياته

ابتدأ الإمام القُدوري في إملاء كتاب التجريد سنة (٤٠٥هـ) يوم الأحد ٢٣ من ذي القعدة سنة خمس وأربعمائة هجرية[1].

❖ محتويات الكتاب:

طبع كتاب (التجريد) لأبي الحسين القُدوري في اثني عشر مجلداً على النحو التالي:

المجلد الأول وفيه: كتاب الطهارة وجزء من كتاب الصلاة.

المجلد الثاني وفيه: كتاب الصلاة.

المجلد الثالث وفيه: كتابا الزكاة والصوم.

المجلد الرابع وفيه: كتاب الحج.

المجلد الخامس وفيه: كتاب البيوع.

المجلد السادس وفيه: عدة كتب وهي: مسائل الصرف، الرهن، التفليس، الحجر، الصلح، الحوالة، الشركة، الوكالة.

المجلد السابع وفيه: كتب الإقرار، العارية، الغصْب، الشفعة، المضاربة، العبد المأذون في التجارة، المساقاة، الإجارة.

المجلد الثامن وفيه: كتب إحياء الموات، الوقف، الهبة، اللقطة، اللقيط، الفرائض، الوصايا، الوديعة، قسم الغنائم، قسم الصدقات.

المجلد التاسع وفيه: كتب النكاح، الصداق، الخلع.

المجلد العاشر وفيه: عدة كتب وهي: الطلاق، الرجعة، الإيلاء، الظهار، اللعان، العدة، النفقات.

---

(١) انظر: النجوم الزاهرة (٥-٢٤-٢٥).

المجلد الحادي عشر وفيه: كتب الجنايات، الديات، قتال أهل البغي، الحدود، السرقة.

المجلد الثاني عشر وفيه: كتب قُطَّاع الطريق، الأشربة، صول الفحل، السِّيَر، الجزية، الصيد والذبائح، مسائل الذبح، الأضاحي، الأطعمة، السبق والرمي، الأيمان، النذور، أدب القاضي.



المطلب الثالث: منهج المؤلف في عرض المادة العلمية للكتاب

كان للقُدوري منهج محدد واضح المعالم سار عليه في عرض المادة العلمية للكتاب ولم يَحِدْ عن هذا المنهج في الكثير الأغلب من مسائل الكتاب.

ويمكن إجمال ملامح هذا المنهج في النقاط التالية:

أ - البدء بذكر رأي الحنفية في المسألة، إما من خلال قول الإمام أبي حنيفة صاحب المذهب بقوله: (قال أبو حنيفة....). وإما من خلال عرض قول الصاحبين أبي يوسف ومحمد بن الحسن بقوله: (قال أبو يوسف ومحمد...). وإما من خلال عرض رأي المذهب دون عزو لأحد بقوله: (قال أصحابنا.....).

ب - ثم يتبع ذلك بذكر رأي الشافعية في المسألة، إما من خلال قول الإمام الشافعي صاحب المذهب بقوله: (وقال الشافعي.....). وإما من خلال قول المزني[1] والإصطخري[2].... إلخ. وإما من خلال عرض رأي المذهب دون عزو لأحد بقوله: (وقال أصحاب الشافعي...).

ج - بعد ذلك يبدأ بعرض الأدلة فيسوق للحنفية وكذا الشافعية الأدلة النقلية ويؤخر ذكر الأقيسة إلى آخر المسألة.

---

(١) هو إسماعيل بن يحيى بن عمرو بن إسحاق أبو إبراهيم المزني، أحد أصحاب الشافعي المتقدمين الذين نقلوا عنه مذهبه الجديد له تصانيف منها(المختصر) و(الترغيب في العلم) توفي سنة ٢٦٤هـ. انظر: العبر في خبر من غبر(٢/ ٣٤)، و سير أعلام النبلاء (١٢/ ٤٩٣).

(٢) وهو الحسن بن أحمد بن يزيد بن عامر الاصطخري. روى عن سعدان بن نصر بن أبي غزوة وحنبل بن إسحاق، وروى عنه الدارقطني وعمر بن أحمد بن شاهين وغيرهم: قال الخطيب: كان ورعا زاهدا، وكان أبو إسحاق المروزي لا يفتي بحضرته إلا بإذنه. مات عام ٣٢٨هـ. انظر: وفيات الأعيان (٢/ ٧٤-٧٥)، و طبقات الشافعية للسبكي (٢/ ١٠٩).

ح ـ ثم يصدِّر أدلة الحنفية في المسألة بقوله: (لنا) ويذكر اعتراضات الشافعية في ثنايا أدلة الحنفية مع الجواب عنها فيذكر كلمة (قالوا) للتعبير عن هذه الاعتراضات.

د – ثم يعرض أدلة الشافعية دليلاً دليلاً ويرد عليها، فيقوم بعرض كل دليل على حدة بقوله: (احتجوا بـ). ويرد على هذا الدليل بقوله: (قلنا).

ويسترسل في إيراد مناقشات الشافعية عليه ودفاعهم عن دليلهم بقوله: (فإن قالوا) ويعرض ردهم على اعتراضه على دليلهم، ثم يرد على هذا الرد بقوله: (قلنا). فإذا انتهى من هذا الدليل، انتقل إلى دليل آخر للشافعية وفعل نفس الفعل.

هـ- في أثناء عرضه أدلة الشافعية يذكر أيضاً أدلة أخرى للحنفية مُصَدَّرة: بـ(قلنا). ثم يُردِفها باعتراضات الشافعية على دليل الحنفية كل اعتراض على حدة بقوله: (قالوا)، أو: (فإن قيل)، أو(فإن قالوا). ثم يقوم بالرد على هذه الاعتراضات واحداً تلو الآخر.



المطلب الرابع: أسلوب الكتاب

يتميز أسلوب القدوري بميزات، أهمها ثنتان:

أ - سهولة الأسلوب. فلم يعمد إلى الألفاظ الصعبة والتراكيب المعقدة.

مثال: " قال أصحابنا (رحمهم الله): يكره أكل السمك الطافي "[1].

وذكر في موضع آخر: "هذا الخبر يفيد الإباحة وخبرنا يفيد الحظر، والحظر أولى"[2].

ب - اعتماد الجدال والمحاورة في عرض المادة العلمية. فهو يناقش الشافعية ويتكلم معهم ويتكلمون معه ويعترض كل منهم على الآخر. ولكنه لم يعرض الكتاب في صورة مادة مُقَرَّرة بقوله: (قال الحنفية، وقال الشافعية، وأدلة الحنفية هي، وأدلة الشافعية هي، وردود الحنفية على الشافعية كذا، وردود الشافعية كذا.... إلخ). ولكنه استخدم أسلوب الجدال والمحاورة والافتراض، مما يجعل القارئ يشعر بمتعة عقلية أثناء قراءة الكتاب.

مثال: "مسألة نذر المشي إلى بيت النبي أو بيت المقدس.

قال أصحابنا (رحمهم الله): إذا نذر المشي إلى بيت النبي عليه الصلاة والسلام أو بيت المقدس، لم ينعقد نذره[3]. وهو أحد قولي الشافعي وأصحه.

وقال في القول الآخر: يجب عليه المشي إليه ويصلي فيه ركعتين[4].

(١) التجريد للقُدوري دار السلام القاهرة الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية (ج١/ ٦٠) التجريد (١٢/ ٦٣٦٢).

(٢) المرجع السابق (١٢/ ٦٣٧٤).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي دار المعرفة بيروت (٣/ ١٣٣).

(٤) انظر: المجموع للنووي (٨/ ٣٧٧).

لنا: أنه نذر المشي إلى مسجد، فلا يلزمه بنذره صلاة، أصله: إذا نذر المشي إلى المسجد الحرام. ولأنها بقعة لا يجب قصدها بالشرع، فلم يلزمه إيجاب المشي إليها، أصله مسجد قباء، ومسجد الجامع.

احتجوا: بأنه نذر المشي إلى مسجد ورد الشرع بشد الرحال إليه، فوجب أن ينعقد نذره، أصله: إذا نذر المشي إلى بيت الله الحرام.

قلنا: ولا يجب بنذر المشي إليه صلاة. ولأن بيت الله الحرام يجب قصده بالشرع و هذا بخلافه "[1].

(١) التجريد (١٢/ ٦٥٢١).

المطلب الخامس: أهمية الكتاب وأقوال العلماء فيه

لكتاب (التجريد) مكانة عظيمة بين كتب الفقه وذلك لما يأتي:

١- يُعَدُّ أكبر موسوعة إسلامية في الفقه المقارن بين مذهبين عامة، وبين الحنفية والشافعية خاصة.

٢- هو أول كتاب فقهي يعطي صورة حقيقية متكاملة عن علم الفقه المقارن (علم الخلاف/ الخلافيات) لدى المسلمين في هذه الفترة المبكرة من تاريخهم.

٣- يعتبر كتاب (التجريد) موسوعة فقهية جمعت أدلة الحنفية ودافعت عنها أيما مدافعة. ويمكن القول أنها جمعت أدلة الشافعية أيضاً.

٤- كما أنه يُعبِّر بصورة صادقة عن روح التسامح والنقاش العلمي الهادئ بين جميع المذاهب الفقهية التي تميز بها فقهاء المسلمين، ويظهر ذلك في تَرَحُّم القُدوري على الشافعي وأصحابه، وعدم استخدام ألفاظ عنيفة في الرد عليهم، أو التهكم أثناء عرض أدلتهم.

٥- يرد كتاب (التجريد) - من خلال عرض القُدوري لمسائله - على ادعاءات المعترضين على مذهب الحنفية بأنه مذهب يعتمد على الرأي أكثر من اعتماده على النصوص الشرعية بل يرد السنة بالرأي. فأنت إذا اطلعت على التجريد ونظرت في أدلة الحنفية واعتراضاتهم على أدلة الشافعية وجدتها أدلة في منتهى القوة وقد تمتلكك الحيرة في الرد عليها، مما يثبت لنا أن الحنفية مثلهم مثل كل فقهاء الأمة يعظمون القرآن والسنة، ويعتبرونهما المصدر الأساسي في الشريعة الإسلامية.

٦- يُعبر (التجريد) بشكل واضح عن الصورة النهائية التي وصل إليها الفكر الفقهي للإمام القُدوري؛ لأنه ألفه - كما ذُكِرَ - سنة (٤٠٥هـ) وكان عمره إذ ذاك (٤٢سنة). وهذا يفسر لنا السر في الهدوء والرصانة التي امتاز بها أسلوب القدوري في (التجريد).

٧- يقول حاجي خليفة: (أفرد فيه ما خالف فيه الشافعي من المسائل بإيجاز الألفاظ وأورده بالترجيح ليشترك المبتدئ والمتوسط في فهمه)[1].

(١) انظر: كشف الظنون (١/ ٣٤٦-٣٤٧).

المطلب السادس: الجهود العلمية التي بُذِلَت على الكتاب

لم يحظ كتاب (التجريد) بجهود كبيرة من العلماء علمًا بأنه كتاب كبير جدًا وغزير في العلم والمعرفة، ربما لسهولة أسلوبه ووضوحه لم يحتاج إلى مزيد من الشرح والتوضيح،ولم أقف على شيء من الأعمال العلمية عليه سوى كتابين:

١- تكملة التجريد: لأبي بكر عبدالرحمن بن محمد السرخسي[(١)] تلميذ القدوري (توفي ٤٣٦هـ). يقول حاجي خليفة: (ثم كتب أبو بكر عبدالرحمن بن محمد السرخسي المتوفى سنة ٤٣٦هـ تكملة التجريد)[(٢)].

٢- التفريد: لجمال الدين محمود بن أحمد القونوي[(٣)] (توفي ٧٧٠هـ). وهو مختصر للتجريد، يقول حاجي خليفة: (ولجمال الدين محمود بن أحمد القونوي الحنفي المتوفى سنة ٧٧٠ مختصره المسمى بالتفريد)[(٤)].



(١) هو عبدالرحمن بن محمد السرخسي من طبقة أبي عبدالله قاضي القضاة الدامغاني، وولي قضاء البصرة مرتين، ثم عزل نفسه وكان عالما منقطع الكلام، ويداوم الصوم، وعُرف بالزهد وكسر النفس، توفي في رمضان سنة ٤٣٩هـ وله تصنيف (مختصر المختصر) في مجلدين. انظر: طبقات الحنفية (١/ ٣٠٧).

(٢) انظر: كشف الظنون (١/ ٣٤٦). تنبيه : لم يذكر أي كتاب من الكتب المترجمة للقدوري أن كتابه التجريد لم يتمه.فلم أجد بعد البحث المقصود بتكملة التجريد.

(٣) هو محمود بن أحمد بن مسعود القونوي الدمشقي قاضي القضاة بها عُرف، درس بدمشق بالريحانية سنة ٧٢٨هـ من مؤلفاته مختصر شرح الهداية للصغناقي سماه (خلاصة النهاية)، وله (التقرير في مختصر التحرير)، وغيرها وله معرفة بالنحو والأصول مات بدمشق سنة ٧٧١هـ. انظر: طبقات الحنفية (٢/ ١٥٦).

(٤) انظر: كشف الظنون(١/ ٣٤٦- ٤٢٧).

الفصل الأول

الفصل الأول

دراسة نظرية لقادح الفرق

وفيه تمهيد وستة مباحث:

فالتمهيد في القياس ومسالك العلة وقوادحها إجمالاً.

- **المبحث الأول: تعريف قادح الفرق.**
- **المبحث الثاني: ما يرجع إليه الفرق.**
- **المبحث الثالث: أنواع الفرق.**
- **المبحث الرابع: الخلاف في القدح به.**
- **المبحث الخامس: شروط الفرق.**
- **المبحث السادس: جواب الفرق.**

التمهيـــد

في التعريف بالقياس ومسالك العلة وقوادحها إجمالاً

و يشمل أربعة مطالب : -

- المطلب الأول : تعريف القياس ومكانته باعتباره مصدراً من مصادر التشريع.
- المطلب الثاني : أركان القياس.
- المطلب الثالث : مسالك العلة.
- المطلب الرابع : قوادح العلة.

* * * ** * * *

المطلب الأول: تعريف القياس ومكانته باعتباره مصدراً من مصادر التشريع

بما أن الفرق قادح لركن من أركان القياس - وهو العلة - فيحسن أن أقدم تعريفاً للقياس،وذلك كما يلي :

◈ الفرع الأول: تعريف القياس لغةً واصطلاحاً.

القياس لغةً: التقدير والمساواة[1].

يُقال: قَاسَ الشيءَ بالشيءِ: قَدَّره على مثاله. كما يدل على التسوية بين العموم، فيُقال: فلان يُقاس بفلان، ولا يُقاس بفلان، أي يُساوي فلاناً ولا يُساوي فلاناً.

تعريف القياس اصطلاحاً:

للأصوليين في تعريف القياس منهجان :

الأول: تعريف القياس بأنه تسوية بين الأصل والفرع في الحكم[2]. واختاره كلٌ من الإمام الجويني[3] والرازي والأسنوي[4]

---

(١) انظر: مختار الصحاح لمحمد الرازي(١/ ٢٣٣) مكتبة لبنان بيروت ١٤١٥ طبعة جديدة، و القاموس المحيط للفيروزأبادي(١/ ٧٣٣) مؤسسة الرسالة.

(٢) انظر: البرهان لأبي المعالي الجو يني (٢/ ٥) دار الكتب العلمية ط١ ١٤١٨ هـ،و المحصول لفخر الدين الرازي (٢/ ٢١٣- ٢١٧) دار الكتب العلمية ط١ ١٤٢٠هـ، و شرح مختصر الروضة الطوفي (٣/ ٢١٩)، و نهاية السول للأسنوي(٢/ ٧٩١)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٥-٧) ١٤٠٨هـ ط١، وإرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ١١٨-١١٩).

(٣) هو: أبو المعالي عبدالملك بن أبي محمد عبدالله بن يوسف الجويني الأصولي الأديب الفقيه الشافعي، ولد سنة ٤١٩هـ من آثاره العلمية(البرهان في أصول الفقه)، و(الورقات)، و(النهاية في الفقه) توفي ~ سنة ٤٧٨هـ. انظر: سير أعلام النبلاء للذهبي (١٨/ ٤٦٨-٤٦٩)، طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين بن علي السبكي هجر للطباعة والنشر ١٤١٣هـ الطبعة الثانية (٥/ ١٦٥).

(٤) هو عبد الرحيم بن الحسن بن علي القرشي الأموي الأسنوي الشافعي الملقب بجمال الدين المكنى بأبي محمد الفقيه الأصولي النحوي. ولد بأسنا سنة ٧٠٤هـ ثم قدم القاهرة. أخذ الفقه عن السبكي وغيره برع في سائر العلوم وخاصة الأصول والعربية.من مصنفاته: (الأشباه والنظائر) و(التمهيد في تخريج الفروع =

والطوفي[1] وغيرهم.

الثاني: تعريف القياس بأنه مساواة فرع لأصل في علة حكمه[2]. واختاره كل من الإمام ابن الحاجب[3] والقرافي[4] والآمدي[5] والرهوني[6]، وغيرهم.

= على الأصول) و(نهاية السول في شرح منهاج الوصول)، توفي في جمادى الأولى سنة ٧٧٢هـ. انظر: شذرات الذهب (ج٦/ ص٢٢٣).

(١) هو سليمان بن عبدالقوي الطوفي البغدادي الأصولي الملقب بنجم الدين المُكَنَّى بأبي الربيع ولد سنة ٦٧٣هـ بالعراق وحفظ مختصر الخرقي في الفقه وتنقل بين البلدان، وكان شديد الذكاء قوي الحافظة من مؤلفاته: (شرح الأربعين للنووي)، و(مختصر روضة الناظر لابن قُدامة)، و(بغية السائل في أمهات المسائل) توفي سنة ٧١٦هـ. انظر: شذرات الذهب (٦/ ٣٩).

(٢) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الإيجي (٢٨٧)، و شرح تنقيح الفصول للقرافي (٢٩٨) دار الفكر ١٤٢٤هـ، الإحكام للآمدي (٣/ ١٣٥) ، وتيسير التحرير للعلامة محمد أمين (أمير بادشاه) على كتاب التحرير لابن همام الدين (٣/ ٢٦٤) دار الفكر للطباعة والنشر، وتحفة المسؤول للرهوني (٤/ ٥) دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

(٣) ابن الحاجب: هو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو، جمال الدين بن الحاجب فقيه مالكي من كبار العلماء في العربية، نشأ في القاهرة وسكن دمشق ومات بالإسكندرية، كان إماماً فاضلاً فقيهاً أصولياً أخذ عنه كثير من العلماء منهم شهاب الدين القرافي، وغيره. من مؤلفاته: (منتهى السول والأمل في علمي الأصول والجدل)، و(مختصر منتهى السول والأمل)، و(الكافية في النحو). توفي سنة ٦٤٦هـ. انظر: شذرات الذهب (ج٥/ ص٢٣٤).

(٤) هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي القرافي، انتهت إليه رئاسة السادة المالكية، كان حافظا بارعا في الفقه وأصوله والتفسير والحديث وعلم الكلام والنحو والخلاف بين الفرق ولد سنة ٥٩٠ هـ من مؤلفاته العلمية (شرح المحصول) و(تنقيح الفصول) و(الفروق). توفي سنة ٦٨٤هـ. انظر: الديباج المذهب (ص٦٢-٦٣)، الوافي بالوفيات (٦/ ١٤٦).

(٥) هو علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التغلبي الفقيه الأصولي الملقب بسيف الدين المكنى بأبي الحسن ولد سنة ٥٥١هـ. نشأ حنبلياً ثم تمذهب بمذهب الشافعي، وصحب أبا القاسم بن فضلان وبرع عليه في الخلاف فكان أصوليا منطقيا جدليا خلافيا، حسن الأخلاق، من مؤلفاته: (الإحكام في أصول الأحكام)، و(منتهى السول في الأصول). توفي سنة ٦٣١هـ. انظر: شذرات الذهب (ج٥/ ص١٤٤).

(٦) هو يحيى بن موسى الرهوني أبو زكريا الفقيه المالكي الأصولي الأديب، كان وقورًا مهيبًا متواضعًا جوادًا =

ربما يكون سبب خلاف العلماء في تعريف القياس هو: أن من ذهب إلى أن للمجتهد عملا في القياس بإدراك العلة الجامعة بين الأصل و الفرع ومن ثَمَّ إثبات حكم شرعي لم يكن موجوداً في الفرع إلحاقا له بالأصل المنصوص عليه عرَّفه بالتعريف الأول وهو «التسوية أو حمل معلوم على معلوم -والحمل هو الإلحاق والتسوية بينهما في الحكم-».

ومن ذهب إلى أن حكم الفرع ثابت للمقيس من وقت ثبوته للمقيس عليه وإنما تأخر ظهوره إلى وقت بيان المجتهد بواسطة العلة أي أن دليل الأصل هو نفسه دليل الفرع سواءٌ عرَّفه المجتهد أم لا فعرَّفه بأنه " مساواة فرع لأصل أو استواء..... ».

التعريف المختار :

هو إظهار المساواة بين الأصل والفرع في حكم الأصل لعلة تجمع بينهما(١).

شرح التعريف :

فقول إظهار: معناه التبين وإعلام وكشف، وهذا هو دور المجتهد الإظهار فقط لا الحمل ولا إثبات ؛ لأن حكم الفرع كان موجوداً من قبل لوجود علة الأصل فيه فالمجتهد أظهر المساواة فقط بينهما.

والإظهار هو جنس والفصل الأول المساواة : وهي المماثلة والمعادلة، يقال : ساوى بينهما أي جعلهما متماثلين ومتعادلين. فإضافة الإظهار إلى المساواة تدل على أن المساواة هي الدليل ولا بد من إظهارها من قبل المجتهد.

أما قول بين الأصل والفرع : لأنهما ركنا القياس.وقول في الحكم : هو حكم الأصل وهو الركن الثالث للقياس.

مع بسطة في الرزق. من مؤلفاته شرح مختصر ابن الحاجب (تحفة المسؤول) وله تقييد على كتاب التهذيب في الفقه اختلف في تاريخ الوفاة فقيل ٧٧٣-وقيل ٧٧٤ وقيل غير ذلك. انظر: الديباج المذهب لإبراهيم المالكي دار الكتب العلمية بيروت (ص ٣٥٥).

(١) انظر: القياس في العبادات حكمه وأثره لمحمد منظور إلهي الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ (ص٨٧).

أما قول : الجامع بينهما : المراد به العلة المشتركة بين الأصل والفرع وهو الركن الرابع للقياس.

نوع الخلاف بين هذين المنهجين :

يبدو أنه لفظي لأن التعريف الذي ذكرته وإن كان قد جمع بين السببين؛ حيث بين أن الدليل هو نفسه في الفرع والحكم، وهو ثابت في الفرع من البداية فهي إذن المساواة، كما أن للمجتهد عمل في القياس وهو الإظهار أي إظهار المساواة بين العلة والحكم حيث أن المساواة بدون إظهار لا قيمة لها لأنها خفية. إلا أن من عرف القياس بفعل القائس يشترط لصحة القياس المساواة بين الفرع والأصل ومن عرفه بالمساواة يرى أنها لا تُعْرَف إلا بفعل القائس.

ولهذا فالتعريف المختار كذلك هوتعريف بفعل القائس.

ومما يوضح هذا التعريف قول رسول الله ﷺ: "البر بالبر ربا إلا هاء وهاء"[(١)] - أي يداً بيد -.

فقد دل الحديث على تحريم التفاضل في البر؛ لذا قاس العلماء: تحريم التفاضل في الأرز على تحريمه في البر لأن كلاً منهما مَكِيل وكل مَكِيل يُحرم فيه التفاضل. فالأصل: هو البر، وحكم الأصل: حكم البر: أي تحريم التفاضل في البر، والفرع: هو الأرز، والعلة المشتركة بينهما هي: الكيل.

(١) خرجه البخاري في كتاب البيوع باب(بيع التمر بالتمر): حدثنا أبو الوليد حدثنا الليث عن ابن شهاب عن مالك بن أوس سمع عمر { عن النبي ﷺ قال: "البر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء". انظر: صحيح البخاري للإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع (ج٣/ ٩٦).

◈ الفرع الثاني: الأدلة على حجية القياس[1].

---

(١) اختلف العلماء في حجية القياس وكونه أصل من أصول التشريع الفقهي وقد طال الكلام في هذا في كتب الأصوليين فتناوله بالنقد والتمحيص وسوف اختصر في ذكر الموضوع ولن أتعرض لجميع الجزئيات وتفاصيلها وإنما سأتطرق لمحل النزاع وأهم المذاهب والراجح منها دون التطرق للأدلة ومناقشتها.

أولاً: تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الأصوليين أن القياس في الأمور الدنيوية حجة معتبرة.ومثل لها العطار في حاشيته بقوله (كأن يكون دواء هذا المرض عقاراً حاراً فيفقد فيأتي الطبيب بما يماثله في الحرارة مثلاً لموافقة كل منهما لمزاج المرض المخصوص. انظر: حاشية العطار على المحلي على جمع الجوامع (٢/ ٢٢٠)، انظر البحر المحيط للزركشي (٥/ ١٦).

أما القياس في غير الأمور الدنيوية هو الذي وقع فيه الخلاف بين العلماء والمقصود بها الأمور الشرعية.

والظاهر أن أكثر الأصوليين متفقون على أن القياس القطعي لا خلاف في حجيته بينهم وإن اختلفوا في تسميته قياساً، أما الظني هو موضع الخلاف، والمراد بالقطعي ما كانت مقدمتاه قطعيتين : الأولى : أن يكون الحكم في الأصل معلل بوصف. والثانية : حصول ذلك الوصف بتمامه في الفرع. أما الظني : ماكانت إحدى مقدمتيه أو كلاهما ظنية.

مثال القطعي : قياس تحريم ضرب الوالدين على تحريم التأفيف بجامع الإيذاء في كل منهما فالجميع متفقون على تحريم ضرب الوالدين ولكن القائلين بالقياس يسمونه قياس والمنكرين له يسمونه استدلال.

مثال الظني : قياس الأرز على البر بجامع الطعم في كلاً منهما ليثبت فيه حرمة التفاضل كما يثبت في البر. فالعلة غير مقطوع بها وهي الطعم بل قيل الاقتيات وقيل الكيل فهي مظنونة. انظر: المحصول للرازي (٢/ ٢١٩)، البحر المحيط للزركشي (٥/ ١٩-٢٠).

أما المذاهب في حجية القياس تناولها علماء الأصول من جانبين :

الأول : كون التعبد بالقياس من حيث العقل جائز أو واجب أو مستحيل.

الثاني: كون العمل بالقياس واجب شرعاً أم لا.

الأول فيه ثلاث مذاهب: أولاً جواز التعبد بالقياس عقلا وبه قال الجمهور. انظر : البرهان للجويني(٢/ ٨-٩)، والمحصول للرازي(٢/ ٢٢٠)،الإحكام للآمدي(٣/ ٢١٩)، ونهاية السول للآسنوي(٢/ ٧٩٨)، والبحر المحيط للزركشي(٥/ ١٦)، و المستصفى للغزالي(٢/ ١٠١).

ثانياً: وجوب التعبد بالقياس عقلا وقال به أبي الحسين البصري والشاشي والشافعية.انظر: المعتمد لأبي =

يعتبر القياس المصدر الرابع من مصادر التشريع الإسلامي بعد الكتاب والسنة والإجماع، وهو دليل على تجدد الشريعة الإسلامية، بل هو من أعظم الأدلة على أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان؛ فلو تأملنا الأحكام الشرعية لم نجد جميعها ثابتاً بالنص – الكتاب أو السنة – أو الإجماع فقط بل هناك أحكام ونوازل كثيرة لم تُثْبَت إلا بالقياس، فلا يستغني أحد عنه.

وبذلك فمن قال بأن القياس باطل ولم يعتبره من الأدلة الشرعية فإنه قد عطَّل الكثير من الأحكام الشرعية مما قد يؤدي إلى جُمود الشريعة، وعدم صلاحيتها لكل زمان ومكان، وهو بهذا العمل قد أهدى لأعداء الشريعة دليلاً ملموساً يدعم شبهتهم في الدين الإسلامي الحنيف التي دندنوا عليها وهي عدم صلاحيته لكل زمان ومكان وحاشاه.

الحسين البصري(٢/ ٢١٥)دار الكتب العلمية بيروت، وشرح اللمع (٢٧٦ـ٢٨١)، والإحكام للآمدي (٣/ ٢١٩)،والمحصول للرازي(٢/ ٢٢٠).

ثالثاً: استحالة التعبد به عقلاً ونسب إلى الشيعة. انظر: الإحكام للآمدي (٣/ ٢١٩)،والمحصول للرازي(٢/ ٢٢٠).

الجانب الثاني : كون العمل بالقياس واجب شرعا أم لا ؟ وفيه ثلاثة مذاهب:

أولاً : الوجوب مطلقاً وإليه ذهب جمهور العلماء. انظر : المحصول للرازي(٢/ ٢٢٠ـ ٢٢١)،الإحكام للآمدي(٣/ ٢١٩ـ٢٢٠) ونهاية السول للآسنوي(٢/ ٧٩٨)، والبحر المحيط للزركشي(٥/ ١٦ـ١٧).

ثانياً: المنع مطلقاً وإليه ذهب ابن حزم (أهل الظاهر). انظر : الإحكام لابن حزم (٦/ ١٩٢ـ١٩٦).

ثالثاً: التفصيل بين ماكان جلياً فيكون حجة وماليس كذلك فلا يكون حجة. انظر: المحصول للرازي(٢/ ٢٢٠ـ ٢٢١)،الإحكام للآمدي(٣/ ٢١٩ـ٢٢٠)، المنخول للغزالي (٣٢٥ـ٣٢٦).

وتتلخص هذه المذاهب في مذهبين : الأول : أن القياس حجة في الشرع ويجب العمل به. الثاني: ليس بحجة ويمتنع العمل به.

والراجح في المسألة هو القول بالقياس ـ والعلم عند الله ـ وذلك لعدة أسباب ذكرها العلماء لمزيد من التفصيل. انظر: البرهان للجويني(٢/ ٨ـ٩)،و المحصول للرازي(٢/ ٢٢٠ـ ٢٢١)،الإحكام للآمدي(٣/ ٢١٩ـ٢٢٠) ونهاية السول للآسنوي(٢/ ٧٩٨) والبحر المحيط للزركشي (٥/ ١٦ـ١٧).

والأدلة والبراهين التي تدل على أهمية القياس كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي كثيرة منها الشرعي ومنها العقلي وسأكتفي بذكر بعض منها.

أولاً: الأدلة الشرعية.

١- قوله تعالى ﴿إِنَّ مَثَلَ عِيسَىٰ عِندَ ٱللَّهِ كَمَثَلِ ءَادَمَ خَلَقَهُۥ مِن تُرَابٍ ثُمَّ قَالَ لَهُۥ كُن فَيَكُونُ ﴿٥٩﴾﴾[١].

وجه الدلالة: أخبر الله تعالى أن عيسى عليه السلام نظير آدم عليه السلام في التكوين بجامع أن كلاً منهما اشترك في المعنى الذي تعلق به وجود سائرِ المخلوقات، وهو مجيئها طوعاً لمشيئة الله وتكوينه، فلا ينبغي أن يَستنكِر وجود عيسى من غير أب من أقر بوجود آدم من غير أب وأم.

فهذا مثل يضربه الله تعالى لتنبيه عباده على استدلالهم بالنظير على النظير، وأن المُمَثَّل مثلُ المُمَثَّلِ به في حكمه، والأمثال في القرآن كثيرة جداً[٢].

٢- قوله تعالى ﴿فَٱعْتَبِرُواْ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَبْصَٰرِ﴾[٣].

وجه الدلالة:

أن الإعتبار مشتق من العبور وهو المرور يقال عبرت النهر. والله سبحانه وتعالى في الآية أمر بالاعتبار والإعتبار هو المجاوزة والانتقال من الشيء إلى غيره وذلك متحقق في القياس، إذ فيه نقل الحكم من الأصل إلى الفرع فيكون بذلك القياس مأموراً به[٤].

(١) سورة آل عمران آية [٥٩].

(٢) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم دار الجيل بيروت ١٩٧٣م (١/ ١٣٤).

(٣) سورة الحشر آية (٢).

(٤) انظر: المحصول للرازي (٢/ ٢٢١).

ثانياً: الأدلة العقلية.

١- أن كل ما يكون من أحداث و نوازل فللشارع فيها حكم؛ لأن أحكام الشريعة عامة، تعم الأحداث جميعاً بالحكم عليها بأنها خير أو شر، محظورة أو مباحة، وحينئذ لابد أن يكون الشارع قد نبه إلى حكم الحادثة إما بنص أو بإشارة أو بدلالة تدل على الحكم، ومعرفة الحكم بالدلالة يكون بالاجتهاد والاستنباط و إلحاق الأشباه بأشباهها[1].

٢- أن أحكام الشرع مُعَلَّلة معقولة المعنى في الأغلب، ولها مقاصد ومصالح، فالله تعالى لم يُشرع حكماً إلا لمصلحة، ومصالح العباد هي الغاية من تشريع الأحكام، فإذا غلب على ظن المجتهد أن حكم الأصل مُعَلَّلٌ بعلة، وفيه مقصد، وتحقَّقت هذه العلة والمقصد في غير موضع النص - أي الفرع - سيثبت بذلك الحكم المقرر في النص فيما لا نصَّ فيه في أغلب الظن عند المجتهد، والعمل بالظن أمر واجب[2]؛ لأن من الحكمة والعدالة أن تتساوى الوقائع في الحكم عند تساويها في العلة والمقصد، تحقيقاً للمصلحة التي هي مقصود الشارع من التشريع.



(١) انظر: الرسالة لمحمد بن إدريس الشافعي القاهرة ١٣٥٨هـ تحقيق أحمد شاكر فقرة١٣٢٦.

(٢) انظر: القياس في العبادات لمحمد منظور إلهي(٢٢٥).

المطلب الثاني: أركان القياس

بعد الحديث عن تعريف القياس وأهميته لابد من معرفة على ماذا يقوم القياس وما هي أركانه؟

الركن: هو الجانب الأقوى[1] أي: مالا يتم الشيء إلا به، وهو هنا مالا يتم القياس إلا به فيكون مجازاً، لأن أركان الشيء حقيقة هي أجزاؤه التي يتألف منها.

وللقياس أربعة أركان يقوم عليها وهي:

١- الأصل ٢- الفرع ٣- العلة ٤- حكم الأصل

وقد ذكر البعض أن هناك ركناً خامساً وهو حكم الفرع، وهذا لا يصح لأن حكم الفرع هو ثمرة القياس التي يتوصل إليها وليس ركناً له[٢].

❖ الركن الأول: الأصل.

وهو المقيس عليه أو المُشَبَّه به وقد قال بعض العلماء أن القياس لا يحتاج إلى الأصل، وهو مخطئ في هذا لأنه إنما قال ذلك خَلْطاً بين الاجتهاد والقياس فالاجتهاد لا يحتاج إلى أصل، أما القياس فلابد له من أصل؛ لأن الفروع لا تتفرع إلا عن الأصول، وحق أن القياس نوع من الاجتهاد.[٣]

وقد اختلفوا على ماذا يطلقون الأصل: إما على محل الحكم ، أو الحكم الثابت فيه أو علة ذلك الحكم، أو النص الدال على ثبوت ذلك الحكم؟[٤].

وقيل إن هذا النزاع لفظي لصحة إطلاق الأصل على كل معنى من هذه المعاني[5].

(١) انظر مختار الصحاح لمحمد الرازي(١/ ١٠٧).

(٢) انظر : الإحكام للآمدي (٣/ ١٣٧)، وأصول الفقه لأبي النور زهير(٤/ ٤٨).

(٣) انظر: قواطع الأدلة لابن السمعاني (٢/ ١٣٥) دار الكتب العلمية ط١ ١٤١٨هـ.

(٤) انظر: الإحكام للآمدي (٣/ ١٣٦)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار(٤/ ١٤).

(٥) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ١٤-١٥).

❖ الركن الثاني: الفرع.

وهو المقيس أو المشبه وهو محل الخلاف، وقيل إنه حكم المشبه به[1].

❖ الركن الثالث: العلة.

للأصوليين آراء في تعريف العلة :

أولاً: أن العلة هي الوصف المؤثر بذاته في الحكم،وفي لفظ آخر:الموجب للحكم بذاته بناءً على جلب مصلحة أو دفع مفسدة قصدها الشارع أي إمارة على وجود الحكم[2].

ثانياً : هي الباعث على الحكم أي المشتمل على حكمة صالحة لأن تكون مقصود الشارع من شرع الحكم[3].

وقد ذكر السبكي[4]أن هذا القول أشر من مذهب المعتزلة حيث أوضح أن قول الباعث ضعيف لاستحالته في حق الله تعالى لأن من فعل فعلاً لغرض فلابد أن يكون حصول ذلك الغرض بالنسبة إليه أولى من عدم حصوله وإلا لم يكن غرضاً،وإذ كان حصول الغرض أولى وكان حصول تلك الأولوية متوقفاً على فعل ذلك الفعل،وتكون تلك الأولوية لله متوقفة على الغير فتكون ممكنة غير واجبة لذاته لضرورة توقفها على

---

(١) انظر: المحصول للرازي (٢/ ٢١٧-٢١٩)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ١٤-١٥).

(٢) انظر: المعتمد لأبي الحسين البصري(٢/ ٢٠٠).

(٣) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الإيجي (٢٩٥)، والإحكام للآمدي (٣/ ١٤٣)،وشرح الكوكب المنير لابن النجار(٤/ ١٤-١٥)، وإرشاد الفحول للشوكاني (٣/ ١٣٢-١٣٣).

(٤) هو علي بن عبد الكافي بن علي السبكي الأنصاري أبو الحسن ولد سنة٦٨٣هـ شيخ الإسلام في عصره وهو والد التاج السبكي ولي قضاء الشام سنة ٧٣٩هـ من مؤلفاته (الدر النظيم)، و(السيف الصقيل)،و(الإبهاج) وغيرها كثير،توفي سنة ٧٥٦هـ. انظر: الإعلام لخير الدين بن محمود الزركلي الدمشقي دار العلم للملايين ط٢٠٠٢،١٥م (٤/ ٣٠٢).

الغير فيكون كماله تعالى ممكن غير واجب لذاته وهو باطل في حقه تعالى[1].

ثالثاً: هي الوصف المعرِّف للحكم. بمعنى أن تكون علامة على ثبوت الحكم في جميع محال الحكم[2].

رابعاً: الوصف المؤثر في الأحكام بجعل الشارع لا بذاته[3].

والصحيح في تعريف العلة هو القول الرابع وهو قول الإمام الغزالي ولا مانع من تسميتها إمارة لكنها مؤثرة بإذن الله. كما أن العلة فرع للأصل وأصل للفرع اتفاقا لبناء حكم الفرع عليها[4].

شرح تعريف الإمام الغزالي:

قول (الوصف): المراد به المعنى القائم بالغير وهو جنس يشمل سائر الأوصاف ويخرج الموصوف.

(المؤثر) معناه الموجب للحكم؛ لأن التأثير معناه الإيجاب وهو قيد يخرج العلامة لأنه لا تأثير فيها، فلا تسمى علة على هذا التعريف ولكن إن كانت العلامة أو الإمارة مؤثرة بإذن الله فلا مانع من تسمية العلة بها.

(بجعل من الشارع) قيد احترز به عما يوهمه اللفظ من التأثيرات بالذات ولذا قال: "لا بذاته".

فمعنى التأثير في هذا التعريف: هو الربط والاستلزام العاديان بين الوصف والحكم على معنى أن الله أجرى عادته بأنه كلما وجد الوصف وجد معه الحكم

(١) انظر: الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي لعلي بن عبد الكافي السبكي دار الكتب العلمية بيروت ط١ ١٤٠٤هـ (٣/ ٤٠).

(٢) انظر: نهاية السول للأسنوي (٢/ ٨٣٦).

(٣) انظر: المستصفى للغزالي (٢/ ٩٧).

(٤) انظر: قواطع الأدلة للسمعاني(٢/ ٢٧٤)، وشرح الكوكب المنير(٤/ ١٥).

وكل منهما من قِبَل الله تعالى[١].

❖ الركن الرابع: حكم الأصل.

وهو الحكم الثابت للأصل المقيس عليه ويراد إثباته للفرع المقيس إما بنص أو إجماع[٢].

(١) انظر القياس في العبادات لمحمد منظور إلهي (١٠٧).

(٢) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار(٤/ ١٤-١٥)، وإرشاد الفحول للشوكاني (٣/ ١٣٢-١٣٣) والمحصول للرازي (٢/ ٢١٧-٢١٩).

المطلب الثالث: مسالك العلة.

هي الطرق الدالة على أن هذا الوصف علة لذلك الحكم، ويطلق عليها الأصوليون: مسالك العلة.

◈ المسلك الأول: النص.

وهو: النص من الكتاب أو السنة، وقد تكون دلالته على العلة صريحة أو ظاهرة(١).

الصريح : ما كان موضوعاً في اللغة للتعليل.

مثال: قوله تعالى ﴿مِنْ أَجْلِ ذَالِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ﴾(٢)، فوصف حفظ النفس هو العلة ومن أجله كتب على بني إسرائيل بوجوب القصاص لجميع من يشترك مع غيره في القتل.

الظاهر: ماكان مشهوراً في اللغة في التعليل..

مثال: قوله ﷺ: " إنها من الطوافين عليكم والطوافات "(٣).

---

(١) انظر: المحصول للرازي (٢/ ٢٧٦-٢٨١)، و إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ١٤٥-١٤٩)،وجمع الجوامع لتاج الدين السبكي (ص٨٨)،و أصول الفقه لمحمد أبو النور زهير المكتبة الأزهرية ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م(٤/ ٥٤-٥٥).

(٢) سورة المائدة آية (٣٢).

(٣) هو جزء من حديث طويل خرجه الإمام مالك في الموطأ كتاب الطهارة،وخرجه أحمد بن حنبل في باقي مسند الأنصار وذكر شعيب أنه حديث صحيح، وخرجه الدارمي كتاب الطهارة،وخرجه أبو داود في سننه في كتاب الطهارة باب سؤر الهرة، وخرجه ابن ماجه كتاب الطهارة، وخرجه الترمذي في كتاب الطهارة باب ما جاء في سؤر الهرة وقال حديث حسن صحيح، وخرجه النسائي كتاب الطهارة باب سؤر الهرة. انظر:موطأ مالك رواية محمد بن الحسن دار القلم دمشق ١٤١٣هـ (ج١/ ١٦٠)، ومسند أحمد بن حنبل (٥/ ٢٩٦)،وسنن الدارمي لعبد الله بن عبد الرحمن أبو محمد الدارمي دار الكتاب العربي بيروت لبنان الطبعة الأولى (ج١/ ٢٠٣)،وسنن أبي داود (ج١/ ١٩)،وسنن ابن ماجه لمحمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني دار الفكر بيروت تحقيق محمد عبد الباقي (ج١/ ١٣١)،وسنن الترمذي (ج١/ ١٥٤)، وسنن =⇦

عد الآمدي وابن الحاجب قسم الظاهر من الصريح ولكنه مرتبة أقل من القاطع ولا مشاحة في الاصطلاح[1].

◈ المسلك الثاني: الإيماء.

الإيماء هو: أن يقترن وصف بحكم لو لم يكن هذا الوصف أو نظيره للتعليل لكان الوصف بعيداً[2].

وهو خمسة أنواع:

النوع الأول:

ترتيب الحكم على الوصف بالفاء أي يذكر الحكم والوصف وتدخل الفاء على الثاني منهما سواء كان الثاني الوصف أو الحكم وسواء كان من كلام الشارع أو الراوي[3].

مثال لدخول الفاء على الوصف في كلام الشارع قوله عليه الصلاة والسلام: "... ولا تمسوه

النسائي لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤١١هـ الطبعة الأولى (ج١/ ٧٦).

(١) انظر: الإحكام للآمدي دار إحياء التراث العربي ١٤٢٣هـ(٤/ ١٧٩)، و شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الإيجي (ص ٣١٤).

(٢) انظر: المحصول للرازي (٢/ ٢٧٦-٢٨١)، و إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ١٤٥-١٤٩)، و أصول الفقه لمحمد أبو النور زهير (٤/ ٥٧-٦٠).

(٣) ينقسم هذا النوع إلى أربعة أقسام:

الأول: أن تدخل الفاء على الوصف في كلام اشارع.

القسم الثاني: أن تدخل الفاء على الوصف في كلام الراوي.

القسم الثالث: أن تدخل الفاء على الحكم في كلام الشارع.

القسم الرابع: أن تدخل الفاء علي الحكم في كلام الراوي.

انظر : المحصول للرازي (٢/ ٢٧٦-٢٨١)، و إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ١٤٥-١٤٩).

طيباً، ولا تُخمِّروا رأسه؛ فإنَّ الله يبعثه يوم القيامة مُلَبيَّاً "[1]، فالفاء دخلت على وصف المحرم الميت أنه يُبعث مُلَبيَّاً.

النوع الثاني:

أن يحكم الشارع على شخص بحكم عَقِب علمه بصفة صدرت منه فيُعلم أنها - أي الصفة - علة ذلك الحكم[2]. مثال: قول الأعرابي: واقعت أهلي في نهار رمضان يا رسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام: "أعتق رقبة"[3] جواباً لقول الأعرابي، فحكمه عليه الصلاة والسلام بالعتق بعد علمه بحال الأعرابي وأنه واقع أهلهُ مُشعِرٌ بأن الوِقَاع علة في وجوب الكفارة، لأن كلام الأعرابي إنما قُصد به سؤال النبي عن حكم هذه الحادثة.

وقوله عليه الصلاة والسلام: أعتق، يصح أن يكون جواباً عن هذا السؤال فيُقدَّر السؤال بقوله: واقعت فماذا أفعل ؟ فيُجيب عليه رسول الله " أعتق رقبة".

وكأنه قيل: واقعت فأعتق؛ لأن الكلام الصالح للجواب إذا ذُكِر عِقب سؤال يغلُب على الظن أنه جواباً له حتى لا يخلو السؤال عن الجواب، ولئلا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة.

النوع الثالث:

أن يذكر الشارع وصفاً لحكم لو لم يكن مُوجِباً لذلك الحكم لم يكن في ذكر هذا الوصف فائدة[4].

---

(١) جزء من حديث خرجه البخاري في صحيحه كتاب الجنائز باب كيف يكفن المحرم. انظر: صحيح البخاري (٢/ ٩٦).

(٢) انظر: المحصول للرازي (٢/ ٢٧٨)، و أصول الفقه لأبي النور زهير (٤/ ٦٧).

(٣) خرجه البخاري في كتاب الصوم باب (إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء). انظر: صحيح البخاري (٣/ ٤١-٤٢).

(٤) وينقسم إلى أربعة أقسام:القسم الأول: أن يكون ذكر الوصف دفعاً للسؤال المذكور في صورة الإشكال، بمعنى أن يكون دافعاً لسؤال أورده من توهم الاشتراك بين صورتين.

=⇦

مثال لأن يقر الرسول عليه الصلاة والسلام السائل على حكم ما يشبه المسئول عنه مع تنبيهه على وجه الشبه، فيُعلم أن وجه الشبه هو العلة.

قول الرسول عليه الصلاة والسلام لعمر وقد سأله عن إفساد الصوم بالقبلة من غير إنزال: "أرأيت لو تمضمضت بماء ثم مججته أكنت شاربه؟"[1] فنبه عليه الصلاة والسلام بهذا أن حكم القبلة في عدم إفسادها للصوم كحكم ما يشبهها وهي المضمضة، ووجه الشبه: أن كل منهما مقدمة لم يترتب عليه المقصود وهو الشرب والإنزال.

النوع الرابع:

أن يُفرق الشارع في الحكم بين أمرين بذكر وصف لأحدهما، فيُعلم أن ذلك الوصف علة لذلك الحكم وإلا لم يكن لتخصيصه بالذكر فائدة[2].

=

القسم الثاني: أن يذكر وصفاً في محل الحكم لا حاجة لأن يُذكر ابتداءً، فيُعلم أنه إنما ذكر لكونه مؤثراً في الحكم أي علة للحكم. القسم الثالث: أن يسأل الشارع عن وصف فإذا أجاب عنه المسئول أقره عليه ثم يذكر بعده الحكم. الرابع: أن يقر الرسول عليه الصلاة والسلام السائل على حكم ما يشبه المسئول عنه مع تنبيهه على وجه الشبه، فيُعلم أن وجه الشبه هو العلة.

انظر: المحصول للرازي (٢/ ٢٧٩)، و أصول الفقه لأبي النور زهير (٤/ ٦٧-٦٨).

(١) خرجه الإمام أحمد بن حنبل وذكر شعيب أن إسناده صحيح على شرط مسلم، وخرجه الدارمي كتاب الصوم، وخرجه أبو داود في سننه كتاب الصوم باب (القبلة للصائم) وقيل عيسى بن حماد في حديثه فقال أبو داود لا بأس به. انظر: مسند أحمد بن حنبل (١/ ٢١)، وسنن الدارمي (٢/ ٢٢)،وسنن أبي داود (٢/ ٣١١).

(٢)وينقسم إلى قسمين : القسم الأول: أن يكون حكم أحدهما غير مذكور في الخطاب

القسم الثا : أن يكون مذكوراً معه، أي ا كم مذكوران ا طاب وهو على سة أقـسام: الأول: أن تكـون التفرقة بـ ا كم بالشرط . الثا : أن تكون التفرقة بالغاية . الثالث: أن تكون التفرقة بالاستثناء. الرابع: أن تكـون التفرقة بالاستدراك. ا امس: أن تكـون التفرقـة باسـتئنافِ ذِكر ـا أي تكـرار ذكر ـا. **انظـر: ا ـصول للرازي(٢/ ٢٨٠)، و أصول الفقه لأ النور زه (٤/ ٦٩-٧٠).**

مثال لأن تكون التفرقة بين الحكمين بالغاية. كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾[1] فالأمران هما الحيض و الطهر، والحكمان هما جواز القربان في حالة الطهر وعدم الجواز في حالة الحيض والتفرقة بينهما بواسطة "حتى" وهي للغاية.

النوع الخامس: النهي عن فعل يكون مانعاً لما تقدم وجوبه علينا[2].

مثال: قوله تعالى: ﴿فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ﴾[3] فإنه تعالى لما أوجب علينا السعي ومن ثَمَّ نهانا عن البيع بعد الأذان الثاني، علمنا أن العلة فيه تفويت الواجب وهو صلاة الجمعة، وليس المقصود هنا حكم البيع.

◈ المسلك الثالث: الإجماع.

وهو إجماع المجتهدين من أمة محمد عليه الصلاة والسلام في عصر من العصور على حكم معين، فإذا أجمعت الأمة على أن وصفاً معيناً هو علة لحكم معين: ثبتت عِلِّيَّةُ ذلك الوصف لذلك الحكم.

مثال: إجماعهم على أن علة تقديم الأخ الشقيق على الأخ من الأب في الإرث هو امتزاج النسبين، أي كونه من الأبوين؛ وحِينئذ يُقاس عليه تقديمه في ولاية النكاح والصلاة عليه وتَحمُل العقل بجامع امتزاج النسبين فهذا الوصف - وهو امتزاج النسبين - علة للحكم وهو تقديم الأخ الشقيق على الأخ لأب[4].

---

(١) سورة البقرة آية (٢٢٢).

(٢) انظر: المحصول للرازي (٢/ ٢٨٠-٢٨١)، و أصول الفقه لأبي النور زهير (٤/ ٧٠).

(٣) سورة الجمعة آية (٩).

(٤) ومثال للعلماء ابن النجار وابن الحاجب والسبكي. انظر: نهاية السول (٢/ ٨٥٢)، وأصول الفقه لأبي النور زهير (٤/ ٧٠).

◈ المسلك الرابع: المناسبة.

المناسب: هو الوصف المشتمل على جلب نفع أو دفع ضرر [1].

المناسبة: كون الوصف مناسباً[2].

أنواع المناسب:

ينقسم المناسب من حيث الإلغاء و الاعتبار إلى ثلاثة أنواع[3]:

النوع الأول: مناسب ألغاه الشارع: وهذا لا إشكال في أنه غير مُعتبر ولا يجوز التعليل به.

مثال: إيجاب صيام شهرين في كفارة الجِماع في نهار رمضان على الغني مالك الرقبة؛ فإنه وإن كان أبلغ في ردعه من العِتق إلا أن الشارع ألغاه بإيجابه الإعتاق ابتداءً، فلا يجوز اعتباره.

النوع الثاني: أن يعتبره الشارع[4]. مثال: الإسكار والزنا فهما وصفان مُناسبان

---

(١) انظر:شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ١٥٣)،و المحصول للرازي/ (٢/ ٢٨٢).

(٢) انظر: نهاية السول للأسنوي (٢/ ٨٥٢ -٨٥٣).

ملاحظة: توسَّع بعض العلماء في مسلك المناسبة وعد مسلك الشبه عائد إليه فعرفه الآمدي فعَرَفَهُ الآمدي: بالوصف الذي لا تظهر فيه المناسبة بعد البحث التام ولكن عهد من الشارع الالتفات إليه في بعض الأحكام. مثاله: كالقول في إزالة النجاسة: طهارة تراد لأجل الصلاة فلا تجوز بغير الماء. كطهارة الحدث فإن الجامع هو الطهارة ومناسبتها لتعيين الماء فيها بعد البحث التام - غير ظاهرة (إذْ هي شبيهةٌ بالطردي) وبالنظر إلى كون الشارع اعتبرها في بعض الأحكام كالوضوء ومس المصحف والصلاة يوهم اشتمالها على المناسب(إذْهي شبيهةٌ بالمناسب).

انظر: الإحكام للآمدي (٣/ ٢٠٧).

(٣) انظر: المحصول للرازي/ (٢/ ٢٨٢)، و نهاية السول للأسنوي (٢/ ٨٥٢-٨٥٣)، و أصول الفقه لأبي النور زهير(٤/ ٧١-٨٠).

(٤) ينقسم المناسب الذي علم اعتبار الشارع له إلى عدة أقسام:

⇦=

للتحريم، وهذا القسم مُتفق على صحة التعليل به.

النوع الثالث: أن لا يُعلم هل اعتبره الشارع أو ألغاه؟ وهو المسمى: المناسب

القسم الأول: باعتبار زوال المناسبة وعدم زوالها. وهو على نوعين: النوع الأول: الحقيقي: وهو مالا تزول مناسبته بعد البحث و النظر فيه.النوع الثاني: الإقناعي وهو الذي يُظَنُّ في أول الأمر أنه مناسب ثم يتبين بعد البحث والتمحيص أنه غير مناسب.

ينقسم المناسب الحقيقي باعتبار المصلحة المترتبة عليه إلى نوعين: النوع الأول الحقيقي الدنيوي: بأن يكون لمصلحة تتعلق بالدنيا (جلب منفعة أو دفع مفسدة). النوع الثاني الحقيقي الآخروي: بأن يكون لمصلحة تتعلق بالآخرة.

ينقسم المناسب الحقيقي الدنيوي من حيث المنفعة إلى ثلاثة أنواع: النوع الأول: مناسب دنيوي ضروري، وهو ما كان منفعته ضرورية بحيث يترتب عليه حفظ ضرورة من الضرورات الخمس، وهي:حفظ النفس، الدين، العقل، المال، النسب. النوع الثاني: مناسب دنيوي حاجي، وهو ما كان منفعته دافعة لحاجة من غير أن تصل إلى حد الضرورة. النوع الثالث: مناسب دنيوي تحسيني، وهو ما كان منفعته المترتبة عليه في الدنيا ليست ضرورية ولا تدعو إليها حاجة، ولكن القصد منها المحافظة على مكارم الأخلاق.

القسم الثاني: ينقسم الوصف المناسب باعتبار حصول المقصود من شرع الحكم به إلى خمسة أنواع:

النوع الأول: أن يكون المقصود حاصلاً يقيناً. النوع الثاني: أن يكونَ حاصلاً ظنّاً. النوع الثالث: ما يكون حصول المقصود فيه وعدم حصوله متساويين. النوع الرابع: أن يكون عدم حصول المقصود راجح على حصوله. النوع الخامس: أن يقطع بعدم حصول المقصود من شرع الحكم.

القسم الثالث: ينقسم المناسب باعتبار الملائمة إلى ثلاثة أقسام: القسم الأول المؤثر: وهو ما اعتبر الشارع عين الوصف في عين الحكم وثبت بنص أو إجماع. القسم الثاني الملائم: وهو ما ثبت كونه وصفاً؛ لأن الحكم ترتب على وفقه ولكن ثبت بنص أو إجماع اعتبار عينه في جنس الحكم، أو جنسه في عين الحكم، أو جنسه في جنس الحكم. القسم الثالث: الغريب: ما ثبت اعتبار عين الوصف المناسب في عين الحكم بمجرد ترتيب الحكم على وفقه لكن لم يثبت بنص أو إجماع اعتبار عينه في جنس الحكم أو جنس الوصف في عين الحكم أو جنس الوصف في جنس الحكم. انظر:قواعد الإحكام في مصالح الأنام لأبي محمد عز الدين السلمي دار الكتب العلمية (١/ ٢٤-٣٦)، ونهاية السول للأسنوي (٢/ ٨٥٢-٨٦٣)، و أصول الفقه لأبي النور زهير (٤/ ٧٨- ٨٣).

المُرسَل. أو المصلحة المرسلة، وسمي مُرسَلاً لإرساله وإطلاقه عن الإلغاء والاعتبار وهذا القسم مُختلف في جواز التعليل به.

◈ **المسلك الخامس: الدوران**.

ويسمى أيضا الطرد والعكس[1].

الطرد: تَرَتُّب وجود الشيء على وجود غيره.

العكس: تَرَتُّب عدم الشيء على عدم غيره.

وأما الدوران فقد عرفه العلماء: بأنه عبارة عن ترتُّبُ حكمٍ على وصفٍ وجوداً وعدماً. وذلك الوصف يسمى مداراً والحكم يسمى دائراً[2].

بمعنى أن الحكم يدور مع الوصف فإذا وجد الوصف وجد الحكم وإذا انعدم الوصف انعدم الحكم ويقع على وجهين:

الوجه الأول: أن يقع في صورة واحدة. مثال: العصير لما لم يكن مسكراً في أول الأمر لم يكن حراماً فلما حدث وصف الإسكار فيه حدثت الحرمة فلما صار خلاً وزالت السكرية زالت الحرمة أيضا فهنا دار الحكم وهو التحريم مع الوصف وهو الإسكار حيثما وجد الوصف وجد الحكم.

الوجه الثاني: أن يقع في صورتين مثال: تحريم التفاضل في الربويات مع الطعم فإنه لما وجد الطعم في المطعومات كان ربويا ولما لم يوجد في الحرير- أي ليس مطعوماً - لم يكن ربويا كذلك هنا دار الحكم مع الوصف حيثما وجد الطعم في المطعوم وجد الحكم وهو الربا وحيثما انعدم الوصف انعدم الحكم[3].

---

(١) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ١٩٢)،وشرح مختصر ابن الحاجب للعضد الإيجي (٣٢٦).

(٢) انظر: أصول الفقه لأبي النور زهير(٤/ ٨٧).

(٣) انظر شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ١٩٢).

◈ المسلك السادس: السبر و التقسيم

السبر: هو أن يختبر الوصف هل يصلح للعلية أم لا؟

وأما التقسيم: فهو قولنا: العلة إما كذا وإما كذا.

وهما يُعَدَّان حصراً للأوصاف في الأصل المقيس عليه ثم إبطال مالا يصلح بدليل فيتعين أن يكون الباقي علة. بمعنى أن الباحث عن العلة يقسم الصفات التي يتوهم عليتها بأن يقول إن علة الحكم إما كذا وإما كذا ثم يسبر كل واحدة منها أي يختبر ويلغي بعضها بدليل فيتعين الباقي للعلية ويكفي قول المستدل: بحثت فلم أجد وصفاً يصلح للعلية غير هذا الوصف[1].

وينقسم إلى قسمين:

-القسم الأول: التقسيم الحاصر:

وهو الذي يكون دائرا بين النفي والإثبات. بمعنى أن يقال: الحكم إما أن يكون معللاً أو لا يكون، فغير المعلل باطل. أما المعلل فإما أن يكون معللاً بالوصف كذا أو الوصف كذا أو هما معا.

مثال: أجمعت الأمة أن ولاية الإجبار معللة: إما بالصغر وإما بالبكارة أو بهما معا فأن تكون معللة بالصغر أو بهما معا باطل وإلا لثبتت الولاية في الثيب الصغيرة لكنها لا تثبت لقول الرسول ﷺ: "الثيب أحق بنفسها"[2] تعين التعليل بالبكارة. وهذا الطريق يفيد القطع وهو طريق معرفة العلل العقلية أما في الشرعية فهو قليل.

-القسم الثاني: تقسيم ليس بحاصر (التقسيم المنتشر):

وهو الذي لا يكون دائراً بين النفي والإثبات بأن يجمع الأوصاف فقط وهذا لا يفيد القطع بل الظن فلا يكون في العقليات بل في الشرعيات فقط، وهذه المسألة فيها

(١) انظر: نهاية السول للأسنوي (٢/ ٨٧٢-٨٧٥)، وأصول الفقه لأبي النور زهير (٤/ ٩٢-٩٥).

(٢) خرجه مسلم في صحيحه كتاب النكاح باب (استئذان الثيب في النكاح) رقم الحديث (١٤٢١). انظر: صحيح مسلم (٢/ ١٠٣٧).

خلاف ولن أتطرق إليه لأنه خارج عن موضوع البحث. مثال: علة حرمة الربا إما الطعم أو الكيل أو القوت، الثاني و الثالث باطلان بالنقض أو بغيره فتعين الطعم وهو المطلوب(1).

❖ **المسلك السابع: الطرد**.

وهو: أن يثبت الحكم مع الوصف الذي لم يعلم كونه مناسبا لا بالذات ولا بالتبع في جميع الصور ما عدا الصورة المتنازع فيها، فالمناسب بالتبع: كالطهارة لاشتراط النية، فإنها إنما تناسبه بواسطة أنها عبادة، بخلاف المناسب بالذات كالإسكار لحرمة الخمر(2).

مثال: قول البعض في إزالة النجاسة بالخل ونحوه: الخل مائع لا يبنى على جنسه القناطر - أي الجسور - ولا يصاد منه السمك، أو لا تعوم فيه الجواميس، فلا تزال به النجاسة كالدهن. فإن الدهن مائع لا تبنى على جنسه القناطر، ولا يصاد منه السمك، ولا تعوم فيه الجواميس فلا تزال به النجاسة، فبناء القنطرة وعدمه وعوم الجواميس لا مناسبة فيه للحكم وهو عدم إزالة النجاسة بالخل والدهن وإنما هو وصف طردي وجب عدم إزالة النجاسة بالدهن والخل عند وجودهما بخلاف الماء.

---

(1) انظر: المحصول لفخر الدين الرازي (٢/ ٣١١)، و شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الإيجي (ص٣١٨) وقد أدرج صاحب كتاب نثر الورود ضمن هذا الطريق الإبطال وهو: إبطال المستدل ما يدعيه المعترض من دعوى وصف يصلح للعلة غير ما ذكره المستدل:

١- أن يبين المستدل أن الوصف الذي ذكره المعترض طردي أي غير مؤثر كالذكورة والأنوثة.

٢- أن يبين المستدل أن الوصف المحذوف لم يثبت معه الحكم بل ثبت بالوصف الباقي وهناك طرق أخرى لم أوردها لأنها ليست مرادة، إنما هي تمهيد للوصول للغاية. انظر: نثر الورود للشنقيطي (ص٣٢٦-٣٢٨).

(2) انظر: التعريفات للجرجاني (١/ ١٨٣)، ونهاية السول للأسنوي (٢/ ٨٧٤)، أصول الفقه/ لمحمد أبو النور زهير (٤/ ٨٤)و المناسب بالتتبع: كالطهارة لاشتراط النية، فإنها إنما تناسبه بواسطة كونها عبادة، بخلاف المناسب بالذات كالإسكار لحرمة الخمر. انظر: نهاية السول للأسنوي (٢/ ٨٧٢-٨٧٥).

◈ المسلك الثامن: تنقيح المناط.

التنقيح: هو التصفية والتهذيب وإزالة ما لا يحتاج إليه وإبقاء ما يحتاج إليه، والمناط اسم مكان للإناطة والإناطة التعليق و الإلصاق والمراد به العلة التي رتب عليها الحكم في الأصل.

فتنقيح المناط: هو تصفية العلة بإزالة مالا يصلح لها وتعين ما يصلح لها[(١)].

بمعنى أن يدل ظاهر النص من الكتاب أو السنة على وصف معين أنه علة فيحذف المجتهد هذا الوصف - العلة - ويلصق الحكم بما هو أعم من ذلك الوصف - العلة -.

وينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أن يبين المستدل إلغاء الفارق بين الأصل و الفرع - أي إلغاء خصوص الوصف - فحينئذ يلزم اشتراكهما في الحكم لوصف آخر أعم من الأول[(٢)].

وقد جعل ابن السبكي[(٣)] إلغاء الفارق طريقا آخر للعلة غير تنقيح المناط، وعده

---

(١) لابد في هذا الطريق من توضيح الفرق بين تنقيح المناط وتخريج المناط و تحقيق المناط فتنقيح المناط هو: إلغاء الفارق كما ذكرت سابقا.

تخريج المناط: استخراج علة معينه للحكم ببعض الطرق السابقة كالمناسبة، وذك كاستخراج الطعم أو القوت أو الكيل بالنسبة إلى تحريم الربا.

تحقيق المناط: أي إقامة الدليل على وجود العلة المتفق عليها في الفرع، كما لو أنهما اتفقا على أن العلة في الربا هي القوت، ثم اختلفا في أن التين هل هو مقتات حتى يجري فيه الربا أم لا؟. انظر: نهاية السول للأسنوي (٢/ ٨٧٧)، و نثر الورود لمحمد الأمين الشنقيطي(ص ٣٥٠-٣٥١).

(٢) انظر: المحصول للرازي (٢/ ٣١٥-٣١٦)، و أصول الفقه لأبي النور زهير (٤/ ٩٧-٩٨).

(٣) السبكي: هو تاج الدين السبكي عبدالوهاب بن علي السبكي، أبو نصر، قاضي القضاة. ولد في القاهرة وانتقل إلى دمشق مع والده. كان طلق اللسان قوي الحجة من شيوخه والده، والذهبي، من مؤلفاته (رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب)، و(شرح المنهاج) للبيضاوي في الأصول، وغيرهما. توفي سنة ٧٧١هـ. انظر: شذرات الذهب (ج٦/ ص٢٢١).

مسلك منفصل عن مسالك العلة[1].

ومثاله: أن يقول الشافعي للحنفي: لا فارق بين القتل بالمثقل والمحدد إلا كونه محدداً - وهذا هو الوصف الظاهر من النص - وكونه محدداً لا مدخل له في العلية لكون المقصود من القصاص هو حفظ النفس فيكون القتل هو العلة - فالقتل وصف أعم من المحدد - وقد وجد في المثقل فيجب فيه القصاص.

القسم الثاني: هو السبر والتقسيم وقد سبق الحديث عن حده وأمثلته في ما مضى.

◈ المسالك التي ظن بعض الأصوليين أنها تفيد العلة.

المسلك الأول: أن يقول: الدليل على أن هذا الوصف علة عجز الخصم عن إفساده، أي الاستدلال على العلة بعدم وجود دليل على عدم العلة.[2]

مثال: أن يقال: هذا الوصف علة؛ لأنه لا دليل يدل على عدم عِلِّيَّتِه، فتنتفي عدم العِلِّيَّة لنفي دليلها، لأن نفي الدليل يستلزم نفي المدلول، ومتى انتفى عدم العِلِّيَّة، ثبتت العِلِّيَّة؛ لأنهما نقيضان والنقيضان لا يرتفعان.

والجواب: معارض بمثله فأقول: هذا الوصف ليس بعلة؛ لأنه لا دليل على عليته، وإذا انتفى الدليل عليها لزم انتفاؤها، وإذا انتفت ثبت عدم عِلِّيَّتِه بنفس ما قالوه.[3]

المسلك الثاني: أن يقول: الدليل على أن هذا الوصف علة كونه محققا للقياس المأمور به، فعِلِّيَّة هذا الوصف أولى من عدم عِلِّيَّتِه.

مثل: أن يقال عِلِّيَّة هذا الوصف تؤدي إلى القياس المأمور به، وكل ما أدى إلى

---

(١) انظر: جمع الجوامع للسبكي (ص٩٥).

(٢) انظر: المحصول للرازي (٢/ ٣١٥-٣١٦)، و نثر الورود للشنقيطي(ص٣٥٢)، و أصول الفقه لأبي النور زهير (٤/ ٩٧-٩٨).

(٣) انظر: نهاية السول للأسنوي (٢/ ٨٧٨).

القياس المأمور به يكون أولى من غيره[1].

الجواب: أن هذا الطريق يلزم منه دور لأن تحقق القياس متوقف على كون الوصف علة، فلو أثبت كونه علة بتحقق القياس لزم الدور[2].

(١) انظر: المحصول للرازي (٢/ ٣١٥-٣١٦)، و نثر الورود للشنقيطي(٢/ ٣٥٢)، و أصول الفقه لأبي النور زهير (٤/ ٩٧-٩٨).

(٢) انظر: نهاية السول للأسنوي (٢/ ٨٧٨).

المطلب الرابع: قوادح العلة.

ويضم القوادح التالية:

- القادح الأول: الاستفسار.
- القادح الثاني: فساد الاعتبار.
- القادح الثالث: فساد الوضع.
- القادح الرابع: المنع.
- القادح الخامس: التقسيم.
- القادح السادس: عدم التأثير.
- القادح السابع: النقض.
- القادح الثامن: الكسر.
- القادح التاسع: فساد الإلغاء.
- القادح العاشر: القلب.
- القادح الحادي عشر: القول بالموجب.
- القادح الثاني عشر: المعارضة.
- القادح الثالث عشر: الفرق.

قوادح العلة

بعد أن فرغت من الكلام على مسالك العلة أشرع في ذكر ما يعد من مبطلاتها، ويعبر عنه بالقوادح تارة و بالاعتراضات تارة وبالأسئلة تارة أخرى.

وهي الطرق الدالة على بطلان القياس أو ركنٍ من أركانه، والقوادح ترجع إلى المنع في المقدمات، أو المعارضات في الحكم، فمتى حصل الجواب عنها فقد تم الدليل ولم يَبْقَ للمعترض مجال، ويكون ما سوى ذلك من الأسئلة باطلاً فلا يسمع[1].

وقيل في القوادح: أنها ترجع كلها إلى المنع، لأن الكلام إذا كان مجملاً، لا يحصل غرض المستدل بتفسيره. فالمطالبة بالتفسير يستلزم منع تحقق الوصف ومنع لزوم الحكم عنه[2].

كما أن بعض العلماء لم يذكروا في كتبهم هذه القوادح واعتذروا بأنها ليست من مباحث الأصول إنما هي زيادة عليه وأن موضع ذكرها هو فن الجدل، ومن ذكرها منهم علل بأنها من مكملات القياس الذي هو من أصول الفقه ومكمل الشيء من ذلك الشيء.

وأنا أرى أنها من أهم مباحث القياس حيث عن طريقها تستيقن النفس وتطمئن لصحة القياس وسلامته.

وقد اختلف العلماء الأصوليون في عدد هذه القوادح فمنهم من فصل فيها كالآمدي وعدَّها خمسة وعشرين قادحاً، ومنهم من أجمل فيها كالأسنوي وعدَّها ستة قوادح حيث أدخل بعض القوادح تحت بعض، وسوف أذكر أهم هذه القوادح بشكل مبسط حيث سأتطرق لتعريف كل قادح، وذكر مثاله، تمهيداً للوصول إلى المراد.

---

(١) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٢٢٩).

(٢) انظر: جمع الجوامع للسبكي (١٠٤).

◈ القادح الأول: الاستفسار:

وهو طليعة القوادح كطليعة الجيش؛ لأنه مقدم على كل قادح، وإنما كان مقدماً لأنه إذا لم يعرف المعترض مدلول اللفظ استحال توجه المنع أو المعارضة، وإليهما مَرَدُّ القوادح كلها.

والغاية من الاستفسار: استفهام المراد من الكلام وليس خدش كلام الْمُسْتَدِل -لأن بعض العلماء ذكر أن الاستفسار إذا كان خدشاً لكلام الْمُسْتَدِل فلا يعتبر من القوادح - وإذا لم يوضح ويفسر الكلام (اللفظ)لا يلتفت إليه، ويكون تعنتاً مفوتاً لفائدة المناظرة إذ يأتي في كل لفظ يفسر به لفظاً آخر يحتاج لتفسير ويتسلسل - أي كلما ذَكَرَ لفظاً يأتي بلفظ آخر يفسره وهذا اللفظ يحتاج إلى تفسير فأتى بلفظ آخر يفسر اللفظ الذي ذكره وهكذا -.

لهذا عُرِّفَ بـ طلب تفسير اللفظ وبيان المراد منه متى ما كان في اللفظ إجمال أو غرابة[1]، أي إما أن يورد الْمُسْتَدِل لفظاً مجملاً، فيطلب المعترض من المستدل تفسير هذا اللفظ وتوضيح معناه والمراد منه لأن اللفظ احتمل معنيين أو أكثر.

مثال: أن يقول المستدل المطلقة تعتد بالأقراء فلفظ الأقراء مجمل. فيقول المعترض: ما مرادك بالأقراء؟ فهو لفظ مجمل يحتمل الطهر والحيض، فأيهما تعني؟ فإذا قال: الحيض أو الأطهار. أجاب بحسب ذلك تسليمًا أو منعًا[2].

---

(١) المجمل هو: اللفظ الذي يدل على عدة معاني بالسوية - كالقرء(الحيض والطهر) والعين(عين الرؤية وعين الماء). انظر: شرح مختصر الروضة للطوفي (٣/ ٤٥٩-٤٦٠)، و نهاية السول للأسنوي (١/ ٢٠٨).

(٢) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الإيجي (٣١٤)، وشرح مختصر الروضة للطوفي (٣/ ٤٧٢-٤٧٣)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤- ٢٣٣-٢٣٤)، و المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعبد القادر الدمشقي (ص٣٤١).

◈ القادح الثاني: فساد الاعتبار:

وهو مخالفة القياس نصًا (الكتاب أو السنة) أو إجماعًا. بمعنى أن يورد المستدل قياسًا فيقول المعترض: أعترض على هذا القياس فهو قياس فاسد لأن هناك نصًا أو إجماعًا مخالفًا لهذا القياس[1].

مثاله: ما لو قال في متعمد ترك التسمية : ذبح صدر من أهله في محله، فتؤكل قياسا على ناسي التسمية. فيقول المعترض: هذا القياس فاسد الاعتبار لمخالفة قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾[2].[3]

◈ القادح الثالث: فساد الوضع:

وتعريفه: أن يكون الجامع بين الأصل و الفرع ثبت اعتباره بنص أو إجماع في نقيض الحكم، أي أن يورد المستدل قياسًا ويذكر حكمه والجامع بين الأصل والفرع فيقول المعترض: هذا الجامع قد ورد نص أو إجماع في إثبات اعتباره في نقيض الحكم الذي ذكره المستدل[4].

ومثاله: قول المستدل في مسح الرأس: مسح فيسن تكراره كالاستجمار. فيعترض عليه المعترض بكراهية تكرار مسح الخف؛ لأن كونه مسحًا مُشعر بالتخفيف ومناسب له، والتكرار مناف للتخفيف، فالجامع هنا هو تكرار المسح أثبت له المعترض اعتبارًا

(١) انظر: المدخل للدمشقي (ص٣٤٣).

(٢) سورة الأنعام آية (١٢١).

(٣) انظر: تحفة المسؤول للرهوني(٤/ ١٦١)

(٤) انظر: شرح مختصر الروضة للطوفي (٣/ ٤٨٩) جمع الجوامع للسبكي (ص١٠٢)، و فواتح الرحموت للعلامة عبدالعلي محمد بن نظام الدين السهالوي دار الكتب العلمية بيروت ط١ ١٤٢٣هـ (٢/ ٣٩٢-٣٩٣)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٢٤١).

بـنص أو إجمـاع وهـو كراهـة تكـرار مـسح الخـف فهـو نقـيض حكـم المـستدل (يـسن التكرار)[1].

◈ القادح الرابع: المنع.

وينقسم قادح المنع إلى أربعة أقسام وهي:

أولاً: منع حكم الأصل :وهو منع المعترض حكم أصل المستدل، بأن يورد المستدل قياسًا ويذكر الأصل وحكم الأصل، فيقول المعترض: حكم هذا الأصل الذي ذكره المستدل ممنوع.

مثاله: أن يقول المستدل: الخل مائع لا يرفع الحدث فلا يزيل النجاسة كدهن. فيقول المعترض: لا أُسَلِّم الحكم في الأصل فإن الدهن عندي يزيل النجاسة[2].

ثانياً: منع وجود الوصف الذي أدعى المستدل عليته في الأصل.

وهو: أن يذكر المستدل علة في الأصل لحكم معين، فيقول المعترض: أنا أمنع وجود هذه العلة فهي ليست موجودة في الأصل.

مثاله: قول المستدل: الكلب حيوان يغسل الإناء من ولوغه سبعًا فلا يطهر جلده بالدبغ كالخنزير. فيقول المعترض: لا أسلم وجوب غسل الإناء من ولوغ الخنزير سبعًا، فالمعترض منع وجود العلة في الأصل[3].

---

(١) انظر: الإحكام للآمدي (٤/ ٢٦٣)، و جمع الجوامع للسبكي (ص١٠١-١٠٢)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٢٤١-٢٤٥)، و الآيات البينات/ للإمام أحمد الشافعي (٤/ ٢٠٥-٢٠٦)، و نثر الورود للشنقيطي (ص٣٦٨).

(٢) انظر: شرح العضد للإيجي (٣٤٤-٣٤٥)، و شرح مختصر الروضة للطوفي (٣/ ٤٨٣-٤٨٦)، و فواتح الرحموت للسهالوي (٢/ ٣٨٢)، و نثر الورود للشنقيطي(ص٣٦٨).

(٣) انظر: و شرح الكوكب المنير لابن النجار(٤/ ٢٥٤-٢٥٥)، و فواتح الرحموت للسهالوي(٢/ ٣٨٤).

ثالثاً : منع كون الوصف المدعى علة في الأصل.

وهو: أن نع ا عترض كون الوصف ا دعي عليته - من قبل ا ستدل - علة وا طالبة بتصحيح ذلك. مثاله: أن يقول الكلب: حيوان يغسل من ولوغه سبعا فلا يقبل جلده الدبغ كا ير فيقول ا عترض: لا أسلم أن علة عدم قبـول جلـد ا ير للدبغ هي كونه يغسل من ولوغه، فر ا تكون العلة كونه حيوانا ـسا أو غ ه[1].

رابعاً : منع وجود الوصف – الذي علل به المستدل الحكم – في الفرع.

أي أن يورد المستدل وصفًا هو علة للحكم في الأصل والفرع. فيقول المعترض: هذا الوصف لا يوجد في الفرع.

ومثاله: قول المستدل في أمان العبد: هو أمان صدر من أهله كالمأذون، أي كالعبد المأذون له في القتال. فيمنع المعترض الأهلية بأن يقول: لا أُسَلِم أن العبد أهل للأمان[2].

◈ القادح الخامس: التقسيم.

وهو عبارة عن تردد اللفظ بين احتمالين أحدهما ممنوع و الآخر مسلم، وذلك الممنوع هو الذي يحصل المقصود به وبناء الغرض عليه وإلا لم يكن للتقسيم معنى وهو وارد عند أكثر العلماء.

مثاله: أن يقول المستدل: الصحيح في الحضر وجد السبب بتعذر الماء عليه فجاز له أن يتيمم. فيقول المعترض: السبب المبيح للتيمم تعذر الماء مطلقًا، أو تعذره في السفر، أو تعذره في المرض، الأول الذي هو تعذره مطلقًا ممنوع فهو منع بعد تقسيم، أما الثاني

(١) انظر: الإحكام للآمدي(٤/ ٢٦٩)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٢٥٥-٢٦٣)، و فواتح الرحموت(٢/ ٣٨٤).

(٢) انظر: الإحكام للآمدي (٤/ ٢٨١)، و إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ٢٤٦).

والثالث مسلم به[1].

◈ القادح السادس: عدم التأثير:

أولا: تعريف التأثير (تأثير العلة): انتفاء الحكم عند انتفاء الوصف في نفس المحل الذي ثبت علية الوصف فيه[2].

ثانيا: تعريف عدم التأثير: هو وجود الحكم بدون الوصف في نفس المحل الذي ثبتت عِلِّيَّة الوصف فيه بمعنى أن الوصف لا مناسبة له. كأن يقول المعترض هذا الذي علل به المستدل غير مناسب للتعليل لكونه طرديًا، أو لاختلال شرط من شروط العلة فيه، فلا يكتفى به في التعليل[3].

وينقسم لأربعة أقسام:

---

(١) انظر: الإحكام للآمدي (٤/ ٢٦٧)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٢٥٠-٢٥٢)، و المدخل للدمشقي (ص٣٤٩).

تنبيه: ينقسم التقسيم عند الإمام الطوفي إلى قسمين:

١- أن يكون من الناظر في استخراج العلة بتخريج المناط.

٢- تقسيم من المعترض المناظر على ما يقوله المستدل وهذا هو المراد في هذا القادح. كما اشترط لقبول التقسيم ثلاثة شروط:

١. أن يكون ما ذكره المستدل مما يصح انقسامه إلى ما يجوز منعه وتسليمه.

٢. أن يكون حاصرًا لجميع الأقسام التي يتحملها لفظ المستدل فإن لم يكن حاصرًا لم يصح التقسيم.

٣. مطابقة التقسيم لما ذكره المستدل. لمزيد من الشرح و التوضيح.

انظر: شرح مختصر الروضة للطوفي (٣/ ٤٩٢- ٤٩٥).

(٢) انظر: نهاية السول للأسنوي (٢/ ١٨٣-١٨٤)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٢٦٤-٢٦٥)، و إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ٢٠٤)، و أصول الفقه لأبي النور زهير(٤/ ١٠٩).

(٣) للعلة شروط كثيرة سوف أذكر بعض منها ١- أن لا تكون العلة قاصرة مستنبطة. ٢- أن لا تتأخر علة الأصل عن حكمه. ٣- أن لا ترجع العلة على حكم الأصل بإبطال. ٤- أن لا تعود العلة على حكم الأصل بتخصيص. ولمزيد من الشرح والتوضيح. انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٤٧-٩٢).

القسم الأول: عدم التأثير في الوصف:

أي لا تأثير له أصلًا لكون الوصف طرديًا. مثاله: قول المستدل صلاة الفجر: صلاة لا يجوز قصرها فلا تقدم في الأداء على وقتها كالمغرب، فيقول المعترض: فإن عدم القصر وصف طردي بالنسبة إلى التقديم في الأداء؛ لأنه قد وجد الحكم في صلاة الظهر والعصر وهو عدم التقديم في الأداء مع أن كل منهما صلاة يجوز فيها القصر(١).

القسم الثاني: عدم التأثير في الأصل:

هو وجود الحكم في الأصل مع عدم وجود الوصف ووجود وصف آخر غيره أي لا تأثير للوصف في الأصل لثبوت حكم الأصل بدونه.

ومثاله: قول المستدل في بيع الغائب: مبيع غير مرئي فبطُل كالطير في الهواء.

فيقول المعترض: بأن العلة العجز عن التسليم وهو كاف في البطلان.

وعدم التأثير هنا جهة العكس لأن تعليل عدم صحة بيع الغائب بكونه غير مرئي يقتضي أن كل مرئي يجوز بيعه وقد بطل بيع الطير في الهواء ولو كان مرئيا.

فذكرعدم الرؤية لا تأثير له لأن الحكم ثبت في الأصل بدون الوصف فعلم أن العلة فيه غير ما يذكره المستدل والعجز عن التسليم وصف مستقل يصلح أن يكون وحده علة لعدم الصحة.

القسم الثالث: عدم التأثير في الحكم:

أي يكون من جملة ما علل به المستدل قيداً لا تأثير له في حكم الأصل الذي قد علل له. ومثاله: قول المستدل المرتد مشرك أتلف مالاً في دار الحرب فلا ضمان عليه كحربي.

فيقول المعترض: قول المستدل (دار حرب) طردي لا فائدة في ذكره لأن من أوجب الضمان يوجبه وإن لم يكن في دار حرب، وكذا من نفاه ينفيه مطلقًا.

(١) انظر: نهاية السول (٢/ ٨٨٩-٨٩٠)، وذكر الشوكاني في إرشاد الفحول (٢/ ٢٠٥) أن هذا القسم راجع إلى عدم العكس. لذلك عد الأسنوي في نهاية السول عدم العكس وعدم التأثير قادحاً واحدًا.

القسم الرابع: عدم التأثير في محل النزاع.

أي يكون الوصف المذكور في الدليل لا يطرد في جميع صور النزاع، وإن كان مناسبا. مثاله: قول المستدل في مسألة ولاية المرأة: زوجت نفسها من غير كفء فلا يصح نكاحها، فيقول المعترض: إن النزاع واقع فيما إذا زوجت نفسها من الكفء وغير الكفء[1].

أي أن يورد المستدل وصفًا هو علة للحكم. فيقول المعترض: هذا الوصف باطن خفي بنفسه أي إن ذلك منضبط عرفا بناء على جواز التعليل بالحكمة إذا انضبطت وإما وصفه أن يكون منضبط بضابط للحكمة بأن تكون العلة هي الوصف المنضبط المشتمل على الحكمة كالمشقة في السفر[2].

◈ القادح السابع: النقض.

وهو عبارة عن تخلف الحكم مع وجود ما ادعى كونه علة له، أي وجود الوصف الذي أدعى المستدل كونه علة في محل وهذا المحل قد تخلف الحكم عنه.

مثاله: قول المستدل في مسألة زكاة الحلي: مال غير نام فلا تجب فيه الزكاة كثياب البذلة ـ وهي الثياب الـ لاتـ ستر الأطـراف ـ . فيقول المعترض: هذا ينتقض بالحلي

---

(١) وقد أضاف الشوكاني نوعاً خامساً وهو عدم التأثير في الأصل و الفرع جميعا. بأن يكون له فائدة في الحكم إما ضرورية كقول من اعتبر الاستنجاء بالأحجار عبادة متعلقة بالأحجار لم يتقدمها معصية، فاشترط فيها العدد كالجمار. وأما غير الضرورية كقولهم: الجمعة صلاة مفروضة فلم تفتقر إلى إذن الإمام كالظهر، فإن قوله مفروضة حشو لو حذف لم يضر. انظر: إرشاد الفحول للشوكاني(٢/ ٢٠٥).

أما ابن النجار فقد فرع القسم الثالث وهو عدم التأثير في الحكم إلى ثلاثة فروع: ١- مالا فائدة من ذكره ٢- ماله فائدة ضرورية ،٣- ماله فائدة غير ضرورية لمزيد من التوسع والتوضيح. انظر: شرح مختصر الروضة للطوفي (٣/ ٥٤٧-٥٥١)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٢٦٦-٢٧٠)، و إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ٢٠٥- ٢٠٦).

(٢) انظر: شرح الكوكب المنير (٤/ ٢٨٠- ٢٨١)، و إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ٢٤١).

المحظور- أي المحرم - فإنه غير نام ومع ذلك فإن الزكاة تجب فيه [1].

◈ القادح الثامن: الكسر .

ومعناه: عدم تأثير أحد جزأي العلة ونقض الجزء الآخر، ومعنى هذا أن العلة مركبة من جزأين:

أحدهما: لا تأثير له، أي يوجد الحكم بدونه.

ثانيهما: منقوض أي يوجد ويتخلف الحكم عنه.

---

(١) **اتفق الأصوليون أن النقض إذا كان واردًا على سبيل الاستثناء لا يقدح في كون الوصف علة في غير الصورة المستثناة، ولكن وقع الاختلاف في النقض الذي لم يرد على سبيل الاستثناء.**

المقصود بالنقض الوارد على سبيل الاستثناء: هو تخلف الحكم عن الوصف في الصورة المستثناه وهو وارد على كل وصف يدعى كونه علة في الأصل. مثال: جواز بيع العرايا وهي بيع الرطب على رؤوس الأشجار بالتمر فإنه ناقض لعلة تحريم الربا سواء كان التحريم للطعم أو الكيل أو القوت أو المال، لأن كل هذه الأوصاف موجودة في العرايا والتحريم تخلف عنها، حيث جاز بيعها مع وجود التفاضل. انظر: الإحكام للآمدي(٤/ ٢٧٣-٢٧٥)، و نهاية السول للأسنوي(٢/ ٢٨٠-٢٨٨)، و إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ١٩٦).

أما اختلاف العلماء في النقض الذي لم يرد على سبيل الاستثناء فهوعلى مذاهب كثيرة أشهرها:

الأول: لا يقدح النقض في العلية مطلقا سواء كانت منصوصة أو مستنبطة وسواء كان التخلف لمانع أو غير مانع وهو معروف عند الحنفية ويسمونه تخصيص العلة.

الثاني: يقدح النقض مطلقا وهو مذهب الشافعي ومختار الإمام الرازي.

الثالث: يقدح في المستنبطة ولا يقدح في المنصوصة وهو المختار عند أكثر الشافعية ولا فرق بين التخلف لمانع أو غير مانع.

الرابع: وهو المختار عند البيضاوي، يقدح إذا كان التخلف لغير مانع ولا يقدح إذا كان لمانع ولا فرق بين المنصوصة والمستنبطة. انظر: الإحكام للآمدي(٤/ ٢٧٣-٢٧٥)، و نهاية السول للأسنوي(٢/ ٢٨٠-٢٨٨)، و إرشاد الفحول للشوكاني(٢/ ١٩٦)،و **شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٢٨١- ٢٩٣).**

فالكسر بذلك مركب من قادحين (عدم التأثير و النقض).

مثاله أن يقول المستدل في صلاة الخوف: صلاة يجب قضاؤها فيجب أداؤها كصلاة الأمن، فالعلة كونها صلاة يجب قضاؤها.

فيقول المعترض: الجزء الأول - وهو صلاة - لا تأثير له؛ لأن وجوب الأداء يوجد عند عدم الصلاة كالحج واجب الأداء.

الجزء الثاني - وهو وجوب القضاء - منقوض بصوم الحائض فإنه يجب قضاؤه مع أن الأداء غير واجب [(١)].

◈ القادح التاسع: فساد الإلغاء (تعدد الوضع):

وهو أن يبدي المعترض وصفًا آخر يقوم مقام الوصف الملغى أي الذي ألغاه المستدل بثبوت الحكم دون الوصف الملغى، أي مع عدم وجود الوصف الملغى.

وسمي أيضا تعدد الوضع؛ لتعدد أصليهما أي أصل المستدل وأصل المعترض.

مثال: أن يقال في مسألة أمان العبد للحربي: أمان من مسلم عاقل فيقبل كالحر؛ لأن الإسلام والعقل مظنتان؛ لإظهار مصلحة الإيمان أي بذل الأمان وجعله آمنا.

فيقول المعترض: هو معارض بكونه حرًا أي العلة كونه مسلمًا عاقلاً حراً؛ فإن الحرية مظنة فراغ قلبه للنظر؛ لعدم اشتغاله بخدمة السيد فيكون إظهار مصالح الإيمان معه أكمل.

فيقول المستدل: الحرية ملغاة لاستقلال الإسلام و العقل به في صورة العبد المأذون له من قبل سيده في أن يقاتل.

(١) انظر: الإحكام للآمدي(٤/ ٢٧٥)، و نهاية السول للأسنوي(٢/ ٨٩٤-٨٩٥)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ١٩-١٩٤)، و إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ٢٠٢-٢٠٣)، و أصول الفقه لأبي النور زهير(٤/ ١١٥-١١٦).

فيقول المعترض: إذن السيد له خلف عن الحرية فإنه مظنة لبذل الوسع فيما تصدى له من مصالح القتال أو لعلم السيد صلاحه لإظهار مصالح الإيمان. وجواب تعدد الوضع: أن يلغي المستدل ذلك الخلف بإظهار صورة لا يوجد فيها الخلف فإن أظهر المعترض خلف آخر فجوابه إلغاؤه وعلى هذا إلى أن يقف أحدهما(١).

◈ القادح العاشر: القلب.

وهو ربط المعترض حكمًا مخالفاً لحكم المستدل، بعلة المستدل وأصل المستدل.

وله ثلاثة أقسام(٢):

القسم الأول: أن يكون الغرض منه نفي مذهب المستدل صراحة.

مثال قول المستدل: مسح الرأس ركن من أركان الوضوء فلا يكفي فيه أقل ما يطلق عليه الاسم؛ قياسًا على الوجه.

فيقول المعترض: مسح الرأس ركن من أركان الوضوء؛ فلا يُقَدَّر بالربع قياسًا على هذا الوجه. فهذا القياس بيَّن أن مسح الرأس لا يكفي فيه الربع، وهذا خلاف مذهب المستدل فكان هذا القياس مبطلا لمذهب المستدل صراحة مع كونه لم يثبت مذهب المعترض ، لجواز أن يكون الحق هو الاستيعاب وهو مذهب ثالث.(٣)

---

(١) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٣٠٣-٣٠٦).

(٢) وقد ذكر الآمدي أن القلب ينقسم لقسمين:

١- قلب الدعوى وهو ضربان الأول: أن يكون الدليل مضمر فيها مثل: أن كل موجود مرئي فهذه دعوى فيها إضمار الدليل وتقديره، لأنه موجود، إذ الوجود هو المصحح للرؤية. الثاني: أن يكون الدليل غير مضمر فيها مثل: أن الكفر قبيح لعينه فقال المعترض: أن الكفر ليس قبيح لعينه.

٢- قلب الدليل وهذه الأقسام الثلاثة تندرج تحت قسم قلب الدليل. انظر: الإحكام للآمدي (٤/ ٢٨٤-٢٨٧). وكما عد ابن النجار وغيره أنواع أخرى للقلب مثل: قلب المساواة ومنها جعل المعلول علة والعكس وغيرها لمزيد من الشرح والتوضيح. انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار(٤/ ٣٣٤-٣٣٨).

(٣) انظر: شرح الكوكب ا ن لابن النجار(٤/٣٣١-٣٣٨)، و أصول الفقه لأ النور زه (٤/١١٦).

القسم الثاني: أن يكون الغرض منه نفي مذهب المستدل ضمنًا، أي بطريق اللزوم، وذلك بأن ينفي المعترض ملازمًا مساويًا لمذهب المستدل، فينتفي هذا المذهب؛ لأن نفي اللازم يستلزم نفي الملزوم.

مثال: قول الحنفية: بيع الغائب عقد معاوضة؛ فيصح مع عدم رؤية المعقود عليه قياسا على النكاح.

فيقول الشافعي: بيع الغائب عقد معاوضة؛ فلا يثبت فيه خيار الرؤية، كالنكاح، وثبوت خيار الرؤية لازم لصحة بيع الغائب عندهم، وإذا انتفى اللازم - وهو خيار الرؤيا - انتفى الملزوم - وهو صحة بيع الغائب -.(١)

القسم الثالث: أن يكون لإثبات مذهب المعترض صراحة.

مثال: استدلال الحنفية على اشتراط الصوم في صحة الاعتكاف بقولهم: الاعتكاف لبث مخصوص؛ فلا يكون بمجرده قربة كالوقوف بعرفة؛ فإنما صار قربة بانضمام عبادة أخرى إليه، وهو الإحرام.

فيقول الشافعي: لبث مخصوص؛ فلا يشترط فيه الصوم، كالوقوف بعرفة.

فقياس الشافعي بيّن مذهبه صراحة وهو أن الصوم لا يشترط في صحة الاعتكاف.(٢)

(١) انظر: الإحكام للآمدي(٤/ ٢٨٤-٢٨٧)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار(٤/ ٣٣١-٣٣٨)، و أصول الفقه لأبي النور زهير(٤/ ١١٦).

(٢) انظر: الإحكام للآمدي(٤/ ٢٨٤-٢٨٧)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار(٤/ ٣٣١-٣٣٨).

◈ القادح الحادي عشر: القول بالموجب.

وهو تسليم المعترض بمقتضى دليل المستدل مع بقاء النزاع بينهما في الحكم المتنازع فيه.

وينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أن يكون في جانب النفي.

وهو نوعان:

الأول: أن يستنتج مستدل من الدليل ما يتوهمه محل النزاع أو لازمه، أي لازم محل النزاع. ومثاله: قول المستدل: القتل بمُثَقَّل قتل بما يَقْتُل غالبًا فلا ينافي القود كمحدد وكالقتل بالإحراق. فيقول المعترض: أُسَلِّم أن القتل بالمُثَقَّل قتل بما يقتل غالبًا فلا ينافي القَوَد فعدم المنافاة ليس محل النزاع ولا لازمه وإنما محل النزاع هو وجوب القصاص[1].

الثاني: أن يستنتج إبطال ما يتوهمه مأخذ الخصم.

ومثاله: قول المستدل في القتل بالمثقل: التفاوت في الوسيلة لا يمنع القود، كالتفاوت في مُتَوَسَل إليه.

فيقول الخصم: أنا أقول بموجب ذلك ولكن لا يلزم من إبطال مانع - وهو كون التفاوت في الوسيلة لا يمنع القود - إبطال غيره من الموانع فيجوز أن لا يجب فيه القود لمانع آخر ولا يلزم منه أيضًا وجود الشرط للقود ولا وجود المقتضي له.

القسم الثاني: أن يكون في جانب الإثبات.

أن يَسْكُت المستدل في دليله عن صغرى قياسه وليست صغرى قياسه مشهورة.

مثال: قول الحنبلي في وجوب نية الوضوء: كل قربة شرطها النية. ويسكت عن أن يقول والوضوء قربة. فيقول المعترض: هذا مسلم أقول بموجبه. ولا يُنْتِج ذلك ما أراده

(١) انظر: تحفة المسؤول للرهوني (٤/ ٢١٠).

المستدل من كون الوضوء قربة. ولو ذكرها - أي ذكر المستدل صغرى قياسه - لم يرد المعترض إلا منعها بأن يقول: لا أسلم أن الوضوء قربة(١).

◈ القادح الثاني عشر: المُعارضة .

المُعارضة مُفاعلة لغةً: من عرض له يعرض: إذا وقف بين يديه أو عارضه في طريقه ليمنعه النفوذ فيه، وهي المقابلة على سبيل الممانعة(٢)،

أما اصطلاحاً فهي: إقامة الدليل على خلاف ما أقام الدليل عليه الخصم.

ودليل المعارض إن كان نفس دليل المستدل (المعلل) يسمى قلبًا وإلا فهو إما معارضة بالمثل أو بالغير(٣).

وتوضيحه: أن يذكر المستدل قوله في مسألة ما، فيقف المعترض في وجهه ويوقف حجته ليمنعه من النفوذ في إثبات الدعوى فهو بذلك إلزام المستدل الجمع بين شيئين، والتسوية بينهما في الحكم، إثباتًا أو نفيًا، وهي من أقوى القوادح.

وتنقسم إلى ثلاثة أقسام وعَدَّ بعض العلماء كل قسم منها قادحًا منفردًا.

القسم الأول: المعارضة في الأصل.

أن يذكر المعترض علة أخرى في الأصل سوى العلة التي علل بها المستدل، وتكون تلك العلة معدومة في الفرع، ويقول: إن الحكم في الأصل إنما كان بهذه العلة التي ذكرها المعترض لا بالعلة التي ذكرها المستدل.

والاختلاف في قبول هذه المعارضة ناتج عن اختلافهم في بنائها على التعليل

(١) انظر: الإحكام للآمدي (٤/ ٢٨٨-٢٩١)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٣٣٩-٣٤٦).

(٢) انظر: اللسان(٧/ ١٦٧).

(٣) انظر: شرح مختصر الروضة للطوفي (٣/ ٥٢٧)، و التعريفات للجرجاني (١/ ٢٨١).

بعلتين هل يجوز أم لا؟[1]

---

(١) مسألة التعليل بعلتين فأكثر: لابد من القول أن التعليل بعلل متعددة ينقسم لقسمين.

القسم الأول: تعليل صور متعددة بعلل متعددة وهذا القسم اتفق العلماء على جوازه.

القسم الثاني: هو الذي وقع فيه الاختلاف وهو: تعليل الصورة الواحدة بعلل متعددة.

وأشهر مذاهب العلماء فيه: ما يأتي:

المذهب الأول: الجواز مطلقاً – سواء كانت العلة منصوصة و مستنبطة. قال به ابن الحاجب، و الرهوني، و الطوفي، و ابن أمير الحاج وغيرهم، ومن أدلتهم: أن الجمهور يقولون بوقوعه، فلو لم يجز لم يقع ضرورة، وقد وقع فإن اللمس والمس والبول والمذي والغائط أمور مختلفة الحقيقة وهي علل مستقلة للحدث لثبوت الحدث بها، وهو معنى الاستقلال.

المذهب الثاني: غير جائز. أي: المنع مطلقاً، قال به الآمدي، وإمام الحرمين، والسبكي، والمحلي وغيرهم. ومن أدلتهم: أنه لو جاز التعدد لكان كل واحدة منها مستقلة بالغرض وغير مستقلة؛ لأن معنى استقلالها ثبوت الحكم بها، وقد قلنا يثبت لا بها بل بغيرها، وأيضًا لو فرضنا التعدد في محل واحد في زمان واحد بأن يلمس ويمس معًا يلزم التناقض؛ إذ يثبت الحكم بكل واحد بدون الآخر، فيثبت بهما ولا يثبت بهما.

المذهب الثالث:

جائز في المنصوصة دون المستنبطة، قال به فخر الرازي، و القرافي، والبيضاوي، و الأسنوي، وغيرهم ومن أدلتهم بالنسبة للجواز في المنصوصة أنه لا مانع أن يعين الله تعالى لحكم إمارتين.

أما من أدلتهم في عدم الجواز في المستنبطة: إذا اجتمعت أوصاف كل واحد صالح للعلية حكمنا بكون كل واحد جزءا من العلة؛ إذ الحكم بالعلية دون الجزئية تحكم لقيام الاحتمالين في نظر العقل ولا نص يعين أحدهما وإلا رجعت منصوصة وهو خلاف المفروض.

انظر: المعتمد لأبي الحسين المعتزلي (٢/ ٢٦٧)، و البرهان/ لأبي المعالي الجويني (٢/ ٣٨)، و المحصول/ لفخر الدين الرازي (٢/ ٣٣٣)، و الإحكام/ للآمدي (٣/ ١٦٧)، و شرح العضد للإيجي (ص٣٠٥)، و شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص٣١٤)، و مختصر الروضة/ للطوفي (٣/ ٣٣٩)، ونهاية السول للأسنوي (٢/ ٩٠٤)، والتقرير و التحبير/ لابن أمير الحاج (٣/ ٢٣٠).

فائدة: اللّمس لغةً: الجس والإدراك بظاهر البشرة كالمسّ.

واللّمس اصطلاحاً هو: ملاقاة جسمٍ لجسم لطلب معنىً فيه كحرارة أو برودة أو صلابةٍ أو رخاوةٍ أو علم حقيقةٍ، كأن يلمس ليعلم هل هو آدمي أو لا.

⇐ =

ووجه البناء: أن المعترض عارض علة المستدل بعلة أخرى فمن جوز التعليل بعلتين ذكر أن الفرق غير قادح لجواز كون الحكم له علتان.

ومن لم يجوِّز التعليل بعلتين ذكر أن الفرق قادح؛ لأنه يلزم منه تعدد المعلل، وهو ممتنع عنده، وبعض العلماء ذهب إلى عدم البناء(1).

القسم الثاني: المعارضة في الفرع.

وهو أن يعارض حكم الفرع بما يقتضي نقيضه أو ضده بنص أو إجماع أو بوجود مانع أو بفوات شرط.

وسبب الاختلاف في هذا الجانب اختلاف العلماء في بناء هذه المسألة، هل تُبنى على قاعدة النقض مع المانع أم لا؟

فالقائلون بأن المسألة تُبنى على هذه القاعدة اختلفوا فيما بينهم فمن قال: بأن

المسّ في اللغة: اللّمس والجنون ، ويكنى به عن النّكاح. والمس في الاصطلاح: ملاقاة جسمٍ لآخر على أيّ وجهٍ كان.

والفرق بين اللّمس والمسّ: أنّ المسّ التقاء الجسمين ، سواء كان لقصد معنىً أو لا ، واللّمس هو المس لطلب معنىً. فاللّمس أخص من المسّ.

كما أن عند أغلب الفقهاء أن المس هو الجماع واللمس عام في جميع أجزاء الجسم، ولو لمس بشهوة فهو بمنزلة الجماع. انظر: أحكام القران للجصاص (٣/ ٦١-٦٢) (٤/ ٣-٤)، و اللسان(٦/ ٢٠٩)، والمصباح المنير (٢/ ٢٢٢).

(١) انظر: المحرر في أصول الفقه للسرخسي دار الكتب العلمية بيروت ط١(٢/ ١٧٩)، وقواطع الأدلة للسمعاني (٢/ ٢٢٥)، و الإحكام للآمدي (٤/ ٢٨٢)، كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري (٤/ ٩٤)، التقرير و التحبير لابن أمير الحاج(٣٤٣)، وذكر السهالوي اللكنوي أنه يقبل إذا ثبت وصف المستدل بمسلك صحيح عند الفارق. انظر: فواتح الرحموت(٢/ ٣٩٣-٣٩٤)،و شرح العضد للإيجي(ص٣٥٣)، و شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص٣١٤)، و جمع الجوامع لتاج الدين السبكي (ص١٠١)، و تحفة المسؤول للرهوني(٤/ ١٨٦)، و التقرير والتحبير لابن أمير الحاج(٣/ ٣٤٢)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار(٤/ ٣٢١).

النقض مع المانع قادح فالفرق بتعيين الفرع يؤثر عنده ويقبل هذا الاعتراض، ومن قال بأن النقض مع المانع غير قادح فالفرق بتعيين الفرع لا يؤثر ولا يقبل هذا الاعتراض.

ومن لم يبنِ هذه المسألة على النقض مع المانع ذكر أن الفرق بتعيين الفرع يؤثر مطلقًا في دفع كلام المستدل(١).

وهذان القسمان عدهما بعض العلماء قادح الفرق، الذي هو مدار البحث.

القسم الثالث: المعارضة في الوصف.

وهي على قسمين:

١- أن يكون بضد حكمه. وذلك كأن يقول المستدل في الوضوء: إنها طهارة حكمية، فتفتقر إلى النية، قياسًا على التيمم.

فيقول المعترض: طهارة بالماء فلا تفتقر إلى نية، قياسًا على إزالة النجاسة، فلابد عند ذلك من الترجيح.

(١) مسألة النقض مع المانع: هي عبارة عن وجود الوصف الذي جعله المستدل علة - للأصل يترتب عليها الحكم - في الفرع، ولم يترتب على هذا الفرع حكم الأصل لوجود مانع.

فالعلماء اختلفوا في ذلك هل تبنى مسألة المعارضة في الفرع على هذه المسألة أم لا؟.

المذهب الأول: أنها تبنى عليها، واختلفوا أيضا هل النقض مع المانع قادح أم لا؟على مذهبين:

الأول: جعل النقض مع المانع قادحًا في كون الوصف علة بتالي الفرق بتعيين الفرع يقبل و يؤثر؛ لأن الوصف الذي جعله المستدل علة لثبوت الحكم في الأصل إذا وجد في الفرع، ولم يترتب الحكم على وجود العلة في الفرع لمانع، وهو تعين الفرع؛ فقد تحقق النقض مع المانع، والنقض مع المانع قادح.

الثاني: جعل النقض مع المانع غير قادح بتالي الفرق بتعيين الفرع لا يقبل ولا يؤثر، لأن تخلف الحكم عنه إنما هو لمانع.

المذهب الثاني: أن المعارضة في الفرع - تعيين الفرع - لا تبنى على قاعدة النقض مع المانع، وأن المعارضة في الفرع تؤثر وتقبل مطلقا. لذلك لم يتعرض الإمام الرازي ولا ابن الحاجب لهذا البناء أصلا. ولمزيد من الشرح والتوضيح. انظر: المحصول لفخر الدين الرازي (٢/ ٣٣٣- ٣٣٧)، و شرح العضد للإيجي (ص٣٥٣)، و نهاية السول/ للأسنوي (٢/ ٩٠٣- ٩٠٤).و البحر المحيط للزركشي (٥/ ٣٠٤-٣٠٦).

٢- أن يكون في عين حكمه مع تعذر الجمع بينهما.

ومثاله أن يقول المعترض: نفس هذا الوصف الذي ذكرته يدل على خلاف ما تريده، ثم يوضح ذلك بما كان محتملاً[(١)].

◈ القادح الثالث عشر: الفرق.

وهذا القادح هو مدار البحث، وسوف أتناوله بالشرح والتوضيح لكل جزء من أجزائه في الفصل التالي.

ترتيب القوادح الواردة على القياس:

هناك خلاف بين العلماء في كيفية ترتيب القوادح وسأذكر هنا سبب ترتيبي لها على النحو الذي ذكرته وهو أنه أقرب ترتيب للمعقول كما سار على هذا الترتيب كثير من العلماء[(٢)]، وإن كان بعضهم يفصل والبعض الآخر يوجز، حيث بدأت بالاستفسار؛ لأن من لا يعرف مدلول اللفظ لا يعرف ما يرد عليه. ثم فساد الاعتبار؛ لأنه نظر في فساد القياس جملة وهو قبل التفصيل. ثم فساد الوضع لأنه أخص من الاعتبار والأعم يقدم على الأخص. ثم المنع ثم التقسيم لأنه يدل على الترديد ثم عدم التأثير ثم النقض على المعارضة لأن النقض يورد لإبطال العلة والمعارضة تورد لاستقلال العلة والعلة مقدمة على الاستقلال، وقد أخرت قادح المعارضة ومن ثم الفرق حتى يكون المدخل للفصل المقبل والحديث عن الفرق تفصيلاً ورجوعه للمعارضة.



(١) انظر: الإحكام للآمدي (٤- ٢٧٥-٢٧٧)، وشرح مختصر الروضة للطوفي(٣/ ٥٢٧- ٥٣٩)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار(٤/ ٣١٨- ٣٢٠).

(٢) انظر: شرح الكوكب المنير(٤/ ٣٤٩)، والأحكام للآمدي(٤/ ٢٩١).

المبحث الأول

في تعريف قادح الفرق

وفيه أربعة فروع : -

- **الفرع الأول : تعريف الفرق لغةً .**
- **الفرع الثاني : تعريف الفرق اصطلاحاً .**
- **الفرع الثالث : التمييز بين الفرق عند الأصوليين والفرق عند الفقهاء .**
- **الفرع الرابع : التمييز بين الفرق الذي هو قادح للعلة والفرق الذي يبحثه العلماء في علم الفروق .**

* * * ** * * *

المبحث الأول: في تعريف الفرق لغةً واصطلاحاً

◈ الفرع الأول: تعريف الفرق لغةً:

الفرق خلاف الجمع وهو يطلق في اللغة على عدة معاني منها :

أولاً : فرَّقت بين الشيئين، وفَرَقَ بينهما فَرْقاً وفُرْقاناً بالضم : فَصَلَ. ومنه قوله تعالى: ﴿ وَإِذْ فَرَقْنَا بِكُمُ ٱلْبَحْرَ ﴾[1]: فَلَقْناهُ .

ثانياً: الملائكةُ تَنْزِلُ بالفَرْقِ بينَ الحَقِّ والباطِلِ.ومنه قوله تعالى: ﴿فَٱلْفَٰرِقَٰتِ فَرْقًا ٤﴾[2].

ثالثاً: الطَّريقُ في شَعَرِ الرأسِ.

رابعاً: مِكْيالٌ بالمدينةِ يَسَعُ ثلاثة آصُعٍ ويُحَرَّكُ فيقال:الفَرَقَ وهو أفْصَحُ.

خامساً: طائرٌ. سادساً: الكَتَّانُ[3].

◈ الفرع الثاني: تعريف الفرق اصطلاحًا.

بعد تتبعي لتعريفات الفرق وجدت أن العلماء اتجهوا في تعريفه إلى ثلاثة إتجاهات.

الاتجاه الأول:

التعريف الأول: جعل تعين الأصل علة أو الفرع مانع[4].

شرح التعريف :المقصود بجعل تعين الأصل علة : أن يجعل المعترض تعين أصل

---

(١) سورة البقرة (آية ٥٠).

(٢) سورة المرسلات (آية ٤).

(٣) انظر: القاموس المحيط لمحمد بن يعقوب الفيروز أبادي دار النشر مؤسسة الرسالة باب القاف فصل الفاء(١/ ١١٨٣)، مختار الصحاح باب الفاء (١/ ٢٠٩).

(٤) انظر :شرح المنهاج للبيضاوي في علم الأصول لشمس الدين الأصفهاني (٢/ ٧٢٧).

القياس، أي: الخصوصية التي فيه علة لحكمه، كقول الحنفي: الخارج من غير السبيلين ناقض للوضوء، بالقياس على ما خرج منهما، والجامع هو خروج النجاسة، فيقول المعترض: الفرق بينهما أن الخصوصية التي في الأصل وهي خروج النجاسة من السبيلين، هي العلة في انتقاض الوضوء لا مطلق خروجها.

والمقصود بالفرع مانع : أن يجعل تعين الفرع أي: خصوصيته، مانعا من ثبوت حكم الأصل فيه، كقول الحنفية: يجب القصاص على المسلم بقتل الذمي قياسا على غير المسلم، والجامع هو القتل العمد العدوان، فيقول المعترض: الفرق بينهما أن تعين الفرع وهو كونه مسلما، مانع من وجوب القصاص عليه لشرفه[1].

المأخذ على هذا الاتجاه : أنه ليس فيه توضيح للغاية المترتبة على جعل الأصل علة أوالفرع مانع وهي : الفصل بين الإثنين في الحكم،كذلك لم يوضح من القائم بهذا العمل المستدل أو المعترض،كما ليس فيه تعيين لما يرجع إليه الفرق.

التعريف الثاني: إبداء معنى مناسب للحكم في إحدى الصورتين مفقود في الأخرى[2].

شرح التعريف : (إبداء معنى) هو إظهار لمعنى إما أن يكون وصف أو مانع (مناسب للحكم) أي يناسب الحكم الموجود في المسألة (في إحدى الصورتين) أي في المسألة الأصل أو المسألة الفرع (مفقود في الآخرى) أي إذا كان الوصف موجود في الأصل فلابد أن يكون مفقود في الفرع وإذا كان المانع موجود في الفرع فلابد أن يكون مفقود في الأصل.

المأخذ على هذا التعريف :

أنه لم يظهر الغاية المترتبة على هذا الوجود والعدم وهي :الفصل في الحكم بينهما.كما

(١) انظر: نهاية السول للأسنوي (٢/ ٩٠٣) تيسير التحرير لأمير بادشاه (٤/ ١٤٨).

(٢) انظر: تنقيح الفصول للقرافي (ص٣١٣).

أنه لم يظهر هذا الإبداء من عمل من المستدل أو المعترض.كما ليس فيه تعيين لما يرجع إليه الفرق، هل هو إحدى المعارضتين في الأصل أو الفرع أو كلاهما معاً.

التعريف الثالث: ابداء وصف في الأصل يصلح أن يكون علة مستقلة أوجزء علة وهو معدوم في الفرع سواء كان مناسباً أو شبهاً إن كانت العلة شبيهة،بأن يجمع المستدل بين الأصل والفرع بأمر مشترك بينهما فيبدي المعترض وصفاً فارقاً بينه وبين الفرع(1).

شرح التعريف:

أن يبين معنى أو وصفًا خاصًا في الأصل يصلح أن يكون علة له سواء كانت العلة مستقلة بالتأثير في الحكم أو غير مستقلة بل جزء العلة.

فالمقصود بالعلة المستقلة هي الوصف الذي يؤثر في الحكم وحده دون غيره من الأوصاف، كأن يعلل المستدل لحرمة الربا في المنصوصات بالطعم، فيكون الطعم علة مستقلة لدى المستدل ترتب الحكم على وجودها. فيقول المعترض: "العلة: القوت أو الكيل" فتكون مُقَابلةً للطعم، فهي علة مستقلة لدى المعترض، ويحتمل أن يقول المعترض: "العلة: مجموع الطعم والقوت والكيل"، فتكون العلة الثانية - وهي القوت أو الكيل - مع الأولى - وهي الطعم - علة مستقلة.

والمقصود بالعلة غير المستقلة - جزء العلة - هي وصف يؤثر في الحكم ولكن مع وصف آخر غيره فيكونان كلاهما علة للحكم كأن يعلل المستدل للقصاص في المحدد لنفي المثقل كالحجر الكبير: بالقتل العدوان، فالقتل العدوان هو الوصف الأول.

فيقول المعترض: أن العلة مركبة من الجارح والقتل العدوان في نفي وجوب القصاص في القتل بالمثقل لانعدام جزء العلة: وهو الجارح فيه، فالجارح هو الوصف الثاني، وبذلك تكون العلة لدى المعترض مجموع الوصفين وكل وصف منهما يعتبر جزءًا من العلة.

وعلى التقديرين (العلة المستقلة وغير المستقلة) لا يحصل الحكم بالأول وحده

(1) انظر: إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ٢١٤).

- أي العلة الأولى وحدها - [1].

وهو معدوم في الفرع : أي يكون الوصف غير موجود في الفرع.

وسواء كان الوصف مناسبًا للحكم أو شبهًا في حالة كون العلة شبيهة.

فقولي مناسب احتراز من غير المناسب، وقد يكون الشيء مناسبا لحكم غير الحكم المتنازع فيه.

ومثال الوصف غير المناسب: أن تقيس الأرز على البر في حكم الربا، فيقول المعترض: الفرق بينهما أن الأرز أشد بياضاً أو أيسر تقشيرا من سنبله.

مثال الوصف المناسب لغير الحكم المذكور: أن تقيس المساقاة على القراض في جواز المعاملة على جزء مجهول، فيقول المعترض: الفرق أن الشجر إذا تُرِك العمل فيها هلكت بخلاف النقدين، وهذا مناسب. لأن يكون عقد المساقاة لازما جائزا بخلاف القراض، فإن القول بجوازه يؤدي إلى جواز رده بعد مدة، فيتلف الشجر، أما باعتبار الغرر فلا مدخل لمناسبة هذا الفرق فيه.

ومثال الوصف المناسب للحكم المذكور: أن تقيس الهبة على البيع في منع الغرر فيها، فيقول المعترض: الفرق أن البيع عقد معاوضة، و المعاوضة مكايسة - أي مغالبة أحد الطرفين يغلب الآخر - يخل بها الغرر، والهبة إحسان صرف لا يخل به الغرر، فإن لم يحصل شيء فلا يتضرر الموهوب له، بخلاف المشتري.

وأما مثال الوصف الشبهي: فأن تقيس الركوع على السجود في عدم رفع اليدين، فالسجود الذي هو الأصل ركن، والعلة وصف شبهي، وهو: كون الركوع ركناً كالسجود. فيقول المعترض: ركن، فيرفع فيه اليدين كالإحرام، فالإحرام الذي هو الأصل ركن، والعلة أيضا وصف شبهي [2].

(بمعنى آخر يجمع المستدل بعلة مشتركة بين الأصل والفرع، فيبين المعترض معنى

(١) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الآيجي (ص ٣٥٣).

(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص ٣١٣-٣١٤).

آخر يحصل به الفرق بينهما)

وهو إما عدم وجود العلة في الفرع المتنازع فيه، وذلك بأن يبين المعترض في الأصل الذي قاس عليه المستدل مقتضيًا آخر للحكم غير ما ذكره - يعني المستدل - وحينئذ لا يتعين ما ذكره المستدل، لأن يكون مقتضياً، أي: علة للحكم، بل يحتمل ثبوت الحكم، أي: أن يكون علة الحكم هو الوصف الذي ذكره المستدل، ويحتمل أن يكون علته الوصف الذي ذكره المعترض، أي الذي بينه في الأصل، ويحتمل أن يكون علته الوصفان جميعًا، الذي علل به المستدل، والذي بيَّنه المعترض. وهذا ظاهر وهذه هي المعارضة في الأصل.

مثال ذلك: ما لو علل المستدل قتل المرتدة بقوله: بدلت دينها، فتقتل كالرجل.

فيقول المعترض: لا يتعين تبديل الدين مقتضياً للقتل، بل هناك معنى آخر في الرجل يقتضيه ليس في المرأة وهو جنايته على المسلمين بتنقيص عددهم، وتكثير عدوهم و تقويته، إذ هو من أهل الحرب و النكاية، وحينئذ جاز أن العلة في قتل الرجل تبديل الدين، أو الجناية على المسلمين، أو الأمران جميعًا. وحينئذ لا يتعين التبديل علة للقتل.

وأما وجود مانع للحكم فيه أو للسببية، فهذه المعارضة في الفرع، وذلك بأن يبين المعترض في فرع قياس المستدل وصفاً يمنع ثبوت الحكم فيه، أو يمنع سببية وصف المستدل، أي: يمنع كون وصفه سبباً لثبوت الحكم.

وحاصل هذا يرجع إلى أن المعترض يبين ما يمنع علة المستدل، أو ثبوت الحكم وفرعه.

ومثال منع الحكم: أن يقول المستدل في قصاص المسلم بالذمي: يجب قصاص على المسلم بقتل الذمي؛ قياساً على غير المسلم، والجامع هو: القتل العمد العدوان.

فيقول المعترض: الفرق بينهما أن تعيُّن الفرع - وهو كونه مسلمًا- مانع من وجوب القصاص عليه لشرفه.

ومثال منع السببية: أن يقول المستدل في المرتدة: بدلت دينها، فتقتل كالرجل، فيقول المعترض: أنثى، فلا تقتل بكفرها، كالكافرة الأصلية، فبيَّن أن تبديل الدين ليس

سببًا لقتل المرأة.

ومَنْعُ السببية أعمُّ من منع الحكم، لأن منع سببية وصف المستدل قد يلزمه منع الحكم بأن لا يكون صالحًا لإثباته إلا هو، ولا وصف المعترض الذي يبديه، وقد لا يلزمه منع الحكم بأن يكون وصف المعترض صالحاً لإثباته خالف الوصف المستدل في ذلك(١).

المأخذ على هذا الاتجاه: أن هذا التعريف ليس فيه تعيين لما يرجع إليه الفرق فأولاً ذكر أن الفرق راجع إلى المعارضة في الأصل فقط وحصره بها، ثم عاد وأدخل المعارضة في الفرع. كما أن فيه تكرار يمكن الاحتراز منه.

التعريف الرابع:

هو: ابداء المعترض معنى يحصل به الفصل بين الأصل والفرع حتى لا يلحق به في حكمه(٢).

شرح التعريف:

(إبداء المعترض) أي إظهاره (لمعنى) قد يكون الوصف في الأصل وقد يكون المانع في الفرع (يحصل به الفصل) أي عن طريق هذا المعنى يكون الفصل والقطع بين الأصل وهو المسألة الأولى وبين الفرع وهو المسألة الثانية ـ ولم أقول الفرق حتى لا يكون هناك دور في التعريف والدور يمنع دقة التعريف ـ وهذا المعنى يشمل جميع الأمور التي تم ذكرها بالتفصيل في التعريف الثالث والتي يحصل بها الفصل بين الفرع والأصل كالعلة المستقلة وغير المستقلة والوصف الشبهي وغير الشبهي إلى آخره (حتى لا يلحق به في حكمه) هي الغاية من وجود هذا الفصل ووقوعه فلا يلحق الفرع بالأصل في حكمه لوجود معنى يمنع ذلك.

وهذا التعريف هو التعريف المختار لأنه أولاً يحدد من القائم بهذا العمل وهو المعترض.

(١) انظر: شرح مختصر الروضة للطوفي (٣/ ٥٢٧-٥٣٩).

(٢) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٣٢٣).

ثانياً: أنه يجمع بين الآراء الثلاثة فيما يرجع له الفرق وهي المعارضة في الأصل أوالمعارضة في الفرع، مجموع المعارضتين في الأصل والفرع معاً،المعارضة في الأصل فقط. فهو بذلك جمع بين التعاريف السابقة جميعها.

◈ الفرع الثالث: التمييز بين الفرق عند الأصوليين والفرق عند الفقهاء.

الفرق عند الأصوليين هو الفرق السابق تعريفه وهو قادح من قوادح العلة.وقد سبق الحديث عنه.

أما الفرق عند الفقهاء هو تطبيق لقادح الفرق عند الأصوليين فهو الفرق بين الفروع الفقهية بمعنى الفرق بين مسألتين فقهيتين فرعيتين في حكم شرعي معين [1]. ومثاله:

مسألة: حكم إخراج الزكاة .

المذهب الحنفي: وجوب الزكاة على التراخي[2]. والمذهب الشافعي: على الفور[3].

قاس الشافعية وجوب الزكاة على الفور على وجوب الصلاة على الفور بجامع أن كلا منهما عبادة يتكرر وجوبها، فلم يجز تأخيرها إلى وقت وجوبها.

فذكر العلماء أن هناك الفرق بين المسألتين، حيث أن الصلاة عبادة مؤقتة، فمنع من تأخيرها عن وقتها من غير عذر. وفي مسألة الزكاة الوجوب غير مؤقت وإنما يتعلق بشرط، فإذا وجد جاز أن يتراخى في الأداء كقضاء رمضان[4].

(١) انظر: أنوار البروق في انواء الفروق للإمام أبي العباس أحمد بن إريس القرافي ومعه إدرار الشروق على أنواء الفروق للإمام أبي القاسم الشاط دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان الطبعة الاولى ١٤١٨هـ. (١/ ٩).

(٢) ذكر عن أبي حنيفة: أنه يكره أن يؤخرها من غير عذر. انظر: المبسوط للسرخسي كتاب الزكاة (٢/ ١٦٩)، وبدائع الصنائع كتاب الزكاة (٢/ ٣).

(٣) انظر: حلية العلماء(٣/ ١٠)، و المجموع كتاب الزكاة (٥/ ٣٠١).

(٤) انظر: التجريد (٣/ ١١٥٠).

◈ الفرع الرابع: التمييز بين الفرق الذي هو قادح للعلة والفرق الذي يبحثه العلماء في علم الفروق.

أما الفرق الذي يبحثه العلماء في علم الفروق هو الفرق بين قاعدتين أصوليتين عند الأصولين[1]. ومثاله: الفرق بين قاعدتي أجزاء العلة والعلل المجتمعة إذا ورد الحكم عقيب أوصاف بم يعلم أنها أجزاء علة أو أنها علل مجتمعة وأي فرق بينهما.

والجواب أن الحكم إذا ثبت عقيب أوصاف ينظر إن كان صاحب الشرع رتب ذلك الحكم مع كل وصف منها، إذا انفرد قلنا هي علل مجتمعة كوجوب الوضوء على من بال ولامس وأمذى فإن كل واحد منها إذا انفرد استقل بوجوب الوضوء، وكإجبار الأب لابنته البكر معلل بالصغر والبكارة على الخلاف في ذلك، فإذا اجتمعت ترتب الحكم الذي هو الإجبار وإن انفرد الصغر وحده ترتب الحكم وأجبرت الصغيرة الثيب على الخلاف في ذلك وتجبر البكر الكبيرة المعنسة على الخلاف.

وإن وجدنا صاحب الشرع لا يرتب الحكم مع كل واحد منها قلنا هي علة واحدة مركبة من تلك الأوصاف كالقتل العمد العدوان فبهذا يعلم الفرق بين هاتين القاعدتين وهو ضابطهما[2].



(١) انظر: أنوار البروق في أنواء الفروق للإمام أبي العباس القرافي (١/ ٩).

(٢) انظر: المرجع السابق (١/ ١٩٧)..

المبحث الثاني: في مرجع الفرق.

يحسن ابتداءً قبل الحديث عن اتجاهات العلماء في مرجع الفرق أن أوضح مالمقصود بقول العلماء راجع إلى المعارضة ؟ هل المراد أن الفرق هو المعارضة نفسها أم لا؟.

ليس المقصود من رجوع الفرق إلى المعارضة عند العلماء أنه هو المعارضة نفسها بل مرادهم أن الفرق من ضرورته ولازمه المعارضة.

وقد نبه الإمام الشربيني[1] على الفرق بينهما فأوضح: أن المعارضة هي مجرد إبداء علة أخرى في الأصل أو الفرع، وليس فيه تعرض لكون الوصف الذي حصل به الفرق أشد مناسبة للحكم من الوصف الذي جمع به المستدل، فالفرق يكون إبداء علة تؤثر في الحكم بعينه[2].

◈ اتجاهات العلماء في مرجع الفرق :

اتفق العلماء على أن الفرق راجع إلى المعارضة ولكن اختلافهم إلى أي أنواع المعارضة يرجع الفرق؟. هل هو راجع إلى إحدى المعارضتين(المعارضة في الأصل والمعارضة في الفرع) أو إليهما معًا أو إلى المعارضة في الأصل فقط؟.

*** الاتجاه الأول:**

أن الفرق يرجع إلى المعارضة في الأصل أو الفرع[3]. وقد ذهب إليه كلاً من

(١) هو عبد الرحمن بن محمد الشربيني شيخ الإسلام،فقيه شافعي،أصولي من مؤلفاته فيض الفتاح، وتقرير على جمع الجوامع،وحاشية البهجة في فقة الشافعية،توفي سنة١٣٢٦هـ بالقاهرة. انظر: الأعلام خير الدين للزركلي دار العلم للملايين ٢٠٠٢م (٣/ ٣٣٤).

(٢) انظر: تقرير الشربيني على حاشية العلامة البناني لعبد الرحمن جاد الله البناني المتوفى ١١٩٨هـ على شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي المتوفى ٨٦٤هـ على متن جمع الجوامع لتاج الدين السبكي المتوفى ٧٤٦هـ وبهامشه تقرير الشربيني(٢/ ٤٩٣-٤٩٤) دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط١ ١٤١٨هـ.

(٣) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الآيجي (ص ٣٥٣)، شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص ٣١٣-٣١٤). وسرح المنهاج للبيضاوي في علم الأصول لشمس الدين الأصفهاني (٢/ ٧٢٧).

البيضاوي[1]. وابن الحاجب والقرافي وغيرهم.

أي أنه يرجع إلى إحدى المعارضتين إما وجود وصف في الأصل غير موجود في الفرع أو وجود مانع في الفرع غير موجود في الأصل وقد سبق توضيح ذلك بالأمثلة في التعريف الأول.

*** الاتجاه الثاني:**

أن الفرق يرجع إلى مجموع المعارضتين معاً وقد نسبه الآمدي إلى بعض القدماء. [2]

أي أن الشرط الموجود في الأصل معدوم في الفرع والمانع الموجود في الفرع معدوم في الأصل في المسألة الواحدة.

بمعنى أن الفرق مركب من مجموع المعارضتين. الجزء الأول: المعارضة في الأصل، أي أن الوصف الذي ذكر في الأصل علة وهو شرط،ولا يوجد مانع لهذا الوصف في الأصل.

الجزء الثاني المعارضة في الفرع: وهو عدم وجود العلة في الفرع إما لانتفاء الشرط - الذي هو العلة - في الفرع، أو وجود مانع من تأثير العلة في الفرع.

فوجود مانع في الفرع وانتفاء هذا المانع في الأصل مبني على أن العلة هي الوصف مع عدم هذا المانع؛ لأنه لو لم يعتبر في العلة عدم المانع لما صح نفي وجود العلة في الفرع؛

---

(١) هو عبدالله بن عمر بن محمد بن علي البيضاوي الشافعي يلقب بناصر الدين، ويكنى بأبي الخير، ويعرف بالقاضي، كان إمامًا مبرزًا نظارًا فقيهًا أصوليًا متكلمًا مفسرًا محدثًا أديباً نحويًا مفتيًا قاضيًا. من مؤلفاته العلمية (منهاج الوصول إلى علم الأصول) وشرحه، و(شرح مختصر ابن الحاجب) وغيرها توفي سنة ٦٨٥هـ على الراجح. انظر: شذرات الذهب (٧/ ٦٨٥-٦٨٦)، طبقات الشافعية لابن السبكي (٢/ ١٧٢-١٧٣).

(٢) انظر: الإحكام للآمدي(٤/ ٢٧٥/ ٢٧٧)وشرح مختصرابن الحاجب للعضد الإيجي (ص٣٥٩)، و تحفة المسؤول/ للرهوني (٤/ ٢٠٤).

تنبيه: لم أجد في الكتب التي عدت إليها من القائل تحديدا بهذا القول ماعدا كتاب تيسير التحرير لأمير باد شاه (٤/ ١٤٩) أما البقية فهم يشيروا إليه إشارة وهي (وعلى قول).

لأن العلة تنفى من الفرع بسبب هذا المانع.

ومثاله قول المستدل: يجب القصاص على المسلم بقتل الذمي بالمثقل؛ قياسًا على غير المسلم والوصف الجامع: القتل العمد العدوان.

فيقول المعترض: الفرق بينهما مجموع المعارضتين بمعنى أن كلا المعارضتين وجدت في المثال، المعارضة الأولى في الأصل: هي أن العلة التي ذكرها المستدل - وهي القتل العمد العدوان - ليست وصفًا مستقلاً بالعلية، بل يضاف إليها أن تكون الآلة المستخدمة في القتل جارحة وهذا هو جزء العلة إذن عند المستدل: وجد جزء العلة - وهو القتل العمد العدوان - وانعدم الجزء الثاني - وهو كون الآلة جارحة -.

والمعارضة الثانية في الفرع: أن الفرع - وهو كونه مسلمًا - مانعًا من وجوب القصاص عليه لشرفه. فاجتمعت المعارضتان في الأصل والفرع معًا.

كما أن المانع عن الشيء في قوة المقتضي لنقيض هذا الشيء، فيكون في الفرع نقيض الحكم الذي أثبته المستدل في الأصل، وعلى المعترض أن يبين ويثبت أن الوصف الخاص في الأصل شرط في (الجزء الأول) أو أن ما ذكره من المانع في الفرع مانع في (الجزء الثاني) أي كما أثبت المستدل علية الوصف الذي يقوله يثبت المعترض علية وصفه.

حيث عد البعض أنه إن لم يتعرض المعترض لانتفاء الشرط في الفرع لم يكن فرق بل هو معارضة في الأصل المسمى (مفارقة)[1]

قد وجدت أن من قال بذلك كأنه قال بالمعارضة في الأصل: حيث أنه ذكر سابقًا أن العلة هي الوصف مع عدم هذا المانع لا الوصف نفسه، وهذا معارضة في الأصل، حيث أظهر فيه علة لا توجد في الفرع.

مثال: أن العلة في الأصل مكونة من (القتل العمد العدوان والآلة الجارحة وعدم إسلام القاتل) فجميع ذلك علة، وليس الوصف نفسه فقط - وهو القتل العمد العدوان

(١) انظر: شرح العضد/ للإيجي (ص٣٥٩)، و تحفة المسؤول/ للرهوني (٤/ ٢٠٤)، تيسير التحرير لأمير باد شاه (٤/ ١٤٩).

والآلة الجارحة - هو العلة. فبذلك القول يكون المعترض أقحم في الأصل علة لا توجد في الفرع وهي الآلة الجارحة وعدم إسلام القاتل، حيث أن الآلة مُثَقَّلة في الفرع وكذلك القاتل مسلم.

❋ الاتجاه الثالث:

أن الفرق يرجع إلى المعارضة في الأصل فقط.[1] وقد ذهب إليه الزركشي والشوكاني[2].

أي وجود وصف في الأصل وهومعدوم في الفرع وقد سبق الحديث عنه بالأمثلة في التعريف الثالث.

وقد ذكر الإمام الزركشي ما معناه أن المعارضة في الفرع لا تُعتبر فرقًا لأنها فرق صوري.[3]

ولكن بما أن العلماء مرادهم أن الفرق من ضرورته المعارضة وليس هو المعارضة نفسها يكون الخلاف بين العلماء لا مشاحة فيه فبأيما حدث الفصل بين الفرع والأصل يطلق عليه فرق.



(١) انظر: التمهيد/ لأبي الخطاب الكلوذاني مؤسسة الريان ط٢ (٤/ ٢١٦-٢١٧)، و المحصول للرازي(٢/ ٣٣٣)، وكشف الأسرار للبخاري (٤/ ٩٥)، وفواتح الرحموت/ لعبد العلي محمد السهالوي اللكنوي(٢/ ٣٩٣)، و المدخل لمذهب الإمام أحمد بن حنبل (ص٣٥٧).

(٢) انظر: البحر المحيط للزركشي(٥/ ٣٠٢)،وإرشاد الفحول للشوكاني(٢/ ٢١٤) وهو أبو علي بدر الدين محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ولد سنة ١١٧٣هـ في بلدة هجرة شوكان، نشأ وتربى في بيت العلم والفضل في بلدته، فنشأ نشأة دينية طاهرة تلقى فيها معارفه الأولى على والده ومن تلاميذه ابنه عبدالله، من مؤلفاته: (إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول)(نيل الأوطار). توفي في جمادى الآخرة سنة ١٢٥٠هـ بصنعاء. انظر: الأعلام لخير الدين الزركلي الطبعة الرابعة ١٩٧٩م دار العلم للملايينبيروت لبنان (٦/ ٢٩٨).

(٣) انظر: البحر المحيط/ للزركشي (٥/ ٣٠٥- ٣٠٦).

المبحث الثالث

أنـــواع الفـــرق

وفيه مطالـبان : -

- المطلب الأول : أنواع الفرق باعتبار المعارضة في الفرع.
- المطلب الثاني : أنواع الفرق باعتبار المعارضة في الأصل .

* * * ** * * *

المطلب الأول: أنواع الفرق باعتبار المعارضة في الفرع

ويشتمل على فرعين:

◈ **الفرع الأول**: المعارضة في الفرع تكون بأحد ثلاثة أمور:

الأول: معارضة في الفرع بما يقتضي نقيض حكم المستدل.

بأن يقول المعترض: ما ذكرته من وصف - وإن اقتضى ثبوت الحكم في الفرع - فعندي وصف آخر يقتضي نقيضه، فيتوقف دليلك وهو المعني بالمعارضة - وقيل في موضع آخر بالمطالبة - إذا أطلقت، ولا بد من بنائه على أصل بجامع بأن يثبت المعترض عليه بإحدى طرق العلة.

وقد عد بعض العلماء هذا القسم قادحًا منفردًا عن باقي الأقسام[1].

الثاني: أن يذكر المعترض دليلاً آكد من قياس المستدل من نص أو إجماع يدل على خلاف ما دل عليه قياس المستدل، فيتبين أن ما ذكره المستدل فاسد الاعتبار لمخالفته النص أو الإجماع وهذا هو فساد الاعتبار وقد سبق الحديث عنه في موضعه[2].

مثال ذلك: لو قال الحنفي في رفع اليدين في الركوع والرفع منه أنه ركن من أركان الصلاة فلا يشرع فيه رفع اليدين كالسجود.

فيقول له المعترض: هذا خلاف الحديث الصحيح من رواية ابن عمر { "أن النبي ﷺ كان يرفع يديه في ثلاثة مواطن: عند الإحرام، والركوع و الرفع منه"[3] فيكون قياسك فاسد الاعتبار لمخالفة النص.

---

(١) انظر: شرح مختصر الروضة(٣/ ٥٤٠)، و شرح الكوكب المنير(٤/ ٣١٨- ٣٢٠).

(٢) انظر: (ص٧٥) من البحث.

(٣) خرجه البخاري في صحيحه، كتاب مواقيت الصلاة، باب: رفع اليدين إذا كبر وإذا ركع وإذا رفع. انظر: صحيح البخاري (١/ ١٨٧).

الثالث: أن يظهر المعترض وصفًا في فرع قياس المستدل يمنع ثبوت الحكم فيه أو يمنع كون وصف المستدل سببا لثبوت الحكم.

مثال منع الحكم: أن يقول المستدل في قصاص المسلم بالذمي: يجب قصاص على المسلم بقتل الذمي؛ قياساً على غير المسلم، والجامع هو: القتل العمد العدوان.

فيقول المعترض: الفرق بينهما أن تعيُّنَ الفرع - وهو كونه مسلمًا - مانع من وجوب القصاص عليه لشرفه.

مثال منع السببية: أن يقول المستدل في المرتدة: بدلت دينها، فتقتل كالرجل، فيقول المعترض: أنثى، فلا تقتل بكفرها، كالكافرة الأصلية، فبيَّن أن تبديل الدين ليس سببا لقتل المرأة[1].

◈ **الفرع الثاني: تنقسم المعارضة في الفرع من حيث المحل إلى خمسة أقسام:**

الأول: المعارضة بضد حكم المستدل من غير زيادة أو تغيير في نفس المحل.

بيانه: أن يذكر المعترض علة أخرى توجب خلاف ما توجبه علة المستدل من غير زيادة أو تغيير في ذلك المحل بعينه، فيقع بذكر الضد محض المقابلة من غير تعرض لإبطال علة الخصم فيمتنع العمل بالعلتين إلا بالترجيح.

ومن الأمثلة الموضحة لذلك: قول المستدل في تثليث المسح: المسح ركن في الوضوء، فيُسنُّ تثليثه كالغسل، فيقول المعترض: إنه مسح، فلا يسن تثليثه كمسح الخف، فهذه معارضة صحيحة لما فيها من إثبات حكم مخالف للحكم الأول بعلة أخرى في ذلك المحل من غير زيادة وتغيير.

الثاني: المعارضة بضد حكم المستدل بتغيير هو تفسير للحكم الأول وتقرير له في نفس المحل.

(١) انظر: شرح مختصر الروضة(٣/ ٥٤٠).

كقـول المستدل في تثليث المسح: المسح ركـن في الوضـوء فيسن تثليثـه كالغسل، فيقول المعترض: إنه ركن في الوضوء فلا يسن تثليثه بعد إكماله كالغسل.

وهذا القسم هو أحد أوجه القلب، وهو قادح قائم بذاته قد سبق الكلام فيه عند قوادح العلة[1].

الثالث: المعارضة التي فيها نفي لما أثبته المستدل أو إثبات لما نفاه، ولكنْ بضربٍ من التغيير فيه إخلال بموضع النزاع.

كأن يُقال في الثيب اليتيمة الصغيرة: أنها صغيرة، فتُنكح وتثبُت ولاية التزويج كالتي لها أب.

فيقول المعترض: هذه صغيرة فلا يولى عليها بولاية الأخوة قياسًا على المال فإنه لا ولاية للأخ على مال الصغيرة بالاتفاق وهذا تغيير للأول، أي: تعيين الأخ زيادة توجب تغييرًا للحكم الأول الذي وقع النزاع فيه لأن التعليل وقع لإثبات ولاية التزويج عليها على الإطلاق لا لتعيين الولي إلا أن هذه الجملة تتضمَّن نفي الأول لأن الأخوة إذا بطلت بطل سائرها بناءً عليها بالإجماع.

الرابع: المعارضة بأن يرد حكم المعترض على خلاف حكم المستدل. كقول المستدل: هذه عبادة لا يمضي في فاسدها، فلا تلتزم بالشروع كالوضوء. فيقول المعترض: لما كان كذلك وجب أن يستوي فيه عمل النذر والشروع كالوضوء. وهذا القسم هو النوع الثاني من أنواع العكس.

الخامس: المعارضة في حكم غير الأول لكن فيه نفيًا للأول أيضا، والمحل مختلف. كالقول في التي نُعِيَ إليها زوجها، فنكحت وولدت ثم جاء الأول حيًا: أن الأول أحق بالولد لأنه صاحب الفراش.

فيقول المعترض: أن الثاني صاحب فراش فاسد فيستوجب به نسب الولد كرجل

---

(١) انظر: (ص٨٣) من البحث.

تزوج امرأة بغير شهود فولدت.

فالحكم هنا مختلف تبعًا لاختلاف المحل، فالمستدل علل لإثبات النسب من الأول والمعترض علل لإثباته من الثاني وكان ينبغي أن يعلل لنفيه عن الأول حتى يكون النفي والإثبات على حكم واحد، فهنا إثبات من المعترض الحكم الأول - وهو إثبات النسب - في غير المحل الأول وهو الزوج الثاني[1].

(١) انظر: كشف الأسرار (٤/ ٨٨- ٩١).

المطلب الثاني: أنواع الفرق باعتبار المعارضة في الأصل

تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

◈ **القسم الأول**: معارضة في الأصل بمعنى لا يتعدى.

أي أن يذكر المعترض علة في الأصل لا تتعدى إلى فرع. فإذا علل المستدل في بيع الحديد بالحديد أنه موزون قوبِل بجنسه فلا يجوز بيعه متفاضلاً كالذهب والفضة فإن رد عليه المعترض بأن العلة في الأصل الثمنية دون الوزن، وأنها عُدمت في الفرع فلا يثبت فيه الحرمة، فالعلة هنا وهي الثمنية لم تتعَدَّ إلى الفرع، وهو الحديد.

◈ **القسم الثاني**: معارضة في الأصل بمعنى يتعدى إلى فرع مُجمع عليه.

فإذا علل المستدل في حرمة بيع الجص بجنسه متفاضلاً بأنه مكيل قُوبِل بجنسه، فيحرم بيعه متفاضلاً كالحنطة والشعير فيقول المعترض: بأن المعنى في الأصل ليس ما ذكرت، ولكنه الاقتيات والادخار، وقد فُقِد هذا المعنى في الفرع وهذا المعنى – وهو وصف الاقتيات والادخار- يتعدى إلى فرع مُجمع عليه، وهو الأرز والدخن ونحوهما.

◈ **القسم الثالث**: معارضة في الأصل بمعنى يتعدى إلى فرع مختلف فيه.

كأن يعلل المستدل في حرمة بيع الجص بجنسه متفاضلاً بأنه مكيل قُوبِل بجنسه، فيحرم بيعه به متفاضلاً كالفواكه، فيقول المعترض أن المعنى في الأصل غير ما ذكرت، ولكنه الطعم ولم يوجد في الفرع حيث أن الفواكه فرع مختلف فيه.[1]



(١) انظر: كشف الأسرار (٤/ ٩٢- ٩٣).

المبحث الرابع

الخلاف في القدح به

وفيه مطالبان : -

- **المطلب الأول : آراء الأصولين في كون الفرق قادحاً.**
- **المطلب الثاني : مناقشة الآراء والأدلة وبيان الراجح منها.**

* * * ** * * *

المطلب الأول : آراء الأصولين في كون الفرق قادحاً

ويندرج تحته فرعان:

- **الفرع الأول:** تحرير محل النزاع.
- **الفرع الثاني:** آراء الأصوليون في الفرق.

◈ الفرع الأول: تحرير محل النزاع.

أولا: يَرِدُ الفرقُ على سبيلين:

السبيل الأول: الممانعة[1] فيكون فقهًا صحيحًا من المعترض على حد الإنكار، لا بد من قبوله منه وقد اتفق العلماء على أن الفرق إذا ورد على سبيل الممانعة يُقبل لأن الممانعة من القوادح المُتَّفَق على صحتها في الاعتراض على العلل، وبيان ذلك: في مسألة إعتاق الراهن – وهو الشخص الذي رهن سلعته مقابل مبلغ من المال يرده للمرتهن متى ما تيسر له – فيقول المستدل أن الراهن إذا أعتق العبد المرهون لا يصح هذا العتق إلا برضا

(١) المقصود بالممانعة لغةً: ضد الإعطاء، ومنع من باب قطع ومانعه الشيء ممانعة. انظر: مختار الصحاح (١/ ٢٦٥).

اصطلاحًا: هو أيضًا امتناع السائل عن قبول ما أوجبه المعلل من غير دليل. انظر: التعريفات للجرجاني (١/ ٢٩٦). وعند الأصوليين: أن يدعي المستدل لزوم الحكم الذي أثبته في المسألة على المعترض، والمعترض يعترض على المستدل بالمنع أي يمنع المعترض لزوم هذا الحكم وهو يشمل أربعة أنواع من الاعتراضات وهي: ١- منع حكم الأصل. ٢- منع وجود الوصف الذي أدعى المستدل عليته في الأصل. ٣- منع كونه علة في الأصل. ٤- منع وجود الوصف في الفرع. مثال: إذا قلنا: النبيذ مُسكرًا فكان حرامًا قياسًا على الخمر، فقال المعترض: لا نسلم تحريم الخمر إما جهلاً بالحكم أو عنادًا فهذا منع حكم الأصل، ولو قال: لا أسلِّم وجود الإسكار في الخمر لكان هذا منع وجود الوصف الذي ادعى المستدل أنه علة في الأصل ولو قال: لا أسلم أن الإسكار علة التحريم لكان هذا منع وجود العلة في الفرع، ففي الأصل ثلاث ممنوعات وفي الفرع منع واحد. انظر: شرح مختصر الروضة للطوفي (٣/ ٤٨١- ٤٨٢)، و المدخل للدمشقي (٣٤٨).

المرتهن، كالبيع حيث أن الراهن إذا باع الشيء المرهون بغير إذن المرتهن لا يصح.

فيقول المعترض: هناك فرق بين البيع والعتق، فالبيع يحتمل الفسخ بعد وقوعه، فيمكن القول أن البيع منعقد على وجه يتمكن المرتهن من فسخ هذا البيع. فيكون للمرتهن حق في منع نفاذ هذا البيع.

أما العتق: فلا يحتمل الفسخ بعد وقوعه لأنه صدر من الأصل وهو صاحب العبد المرهون في محله، أي العبد المملوك للراهن فلا يكون للمرتهن حق في منع نفاذ هذا العتق.

هذا القادح - وإن كان فقهًا صحيحًا إلا أنه - ليس على سبيل الممانعة فلكي يكون على سبيل الممانعة لابد أن يقول المعترض: أن الأصل - وهو البيع - حكمه (وقف) أي توقف ما يحتمل الرد في ابتدائه والفسخ بعد ثبوته، لأن حق المرتهن لا يمنع انعقاد البيع من الراهن ولا يمنع صحته بالإجماع حتى لو أدى ذلك إلى ذهاب حق المرتهن فالبيع يتم، ولكنه يحتمل الفسخ، أي أنه منعقد على وجه التوقف.

أما الإعتاق - وهو الفرع - فإن المستدل بجمعه بين البيع والعتق بالقياس قد أبطل أصلاً، وهو مالا يحتمل الفسخ والرد أي أنه يلغي من الأصل شيئا وهو عدم الاحتمال أي لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته والرد في ابتدائه، فإن العبد لو رد الإعتاق لا يرتد ولو أراد هو والمولى أن يفسخاه لا ينفسخ بوجه بخلاف البيع، وهذا تغيير لحكم الأصل؛ لأن الإبطال من الأصل غير الانعقاد على وجه التوقف[1] فهذه ممانعة حيث هي منع حكم الأصل وهي من أقسام الممانعة التي ذكرتها سابقا[2]

السبيل الثاني: المعارضة وليس فيه معنى الممانعة وهو موضع الخلاف.

مثال: أن يقول المستدل في مسألة تثليث المسح: المسح ركن في الوضوء فيسن تثليثه كالغسل. فيقول المعترض: أنه مسح فلا يسن تثليثه كمسح الخف.

---

(١) انظر: كشف الأسرار للبخاري (٤/ ٩٦).

(٢) انظر: التقرير و التحبير/ لابن أمير الحاج(٣/ ٣٤٢)، و فواتح الرحموت لللكنوي (٢/ ٣٩٤).

ثانياً: أن الفرق إما أن يلحق المستدل بوصف طردي أو لا.

الأول: إذا كان الفرق يلحق جمع المستدل بالطرد - أي أن الوصف الذي استدل به المستدل وجعله علة هو وصف طردي - فهو ـ أي الفرق ـ مقبول لا محالة غير معدود من الفروق التي يُختلف فيها، ودليل ذلك أن المعترض يعيد جمع - أي قياس - المستدل ويزيد فيه ما يوضح بطلان أثره ومثال ذلك: إذا قال المستدل في مسألة البيع الفاسد: معاوضة جرت على تراضٍ فتفيد ملكًا كالصحيح، فيقول الفارق (المعترض): المعنى في الأصل أنها معاوضة جرت على وفق الشرع فنقلت الملك بالشرع بخلاف المعاوضة الفاسدة. فالوصف الطردي هو التراضي.

الثاني: إذا لم يكن الوصف طرديًا وهذا محل الخلاف. مثال: قول المستدل في الهبة[1]: يحصل في الهبة الملك بالصيغة بلا قبض، لأنه عقد تملك يحصل الملك فيه بالصيغة كالبيع.

فيقول المعترض: المعاوضة - وهي البيع - تتضمن النزول عن الشيء بعوض، فتضمن الإيجاب والقبول الرضا من الجانبين بخلاف الهبة فإنه نزول بغير عوض، فافتقر إلى القبض ليدل على الرضا، فهذا النوع هو موضع الخلاف[2].

ثالثاً: الفرق بالأوصاف الطردية:

أي أن يفرق المعترض بين الأصل والفرع بوصف طردي، كما لو قال في صحة بيع التركي لصحة بيع الحبشي: أنه لا يصح البيع لأن هذا أسود وذاك أبيض فهذا الفرق باطل إجماعًا؛ لأنه لو فتح باب الفرق بالوصف الطردي لم يتم قياس أصلاً؛ لأن ما من صورتين إلا وبينهما فرق[3].

(١) الهبة لغة: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض. انظر: اللسان(١/ ٨٠٣). أما شرعا: تمليك العين مجانا و بلا عوض وسببها إرادة الخير للواهب. انظر: البحر الرائق (٧/ ٢٨٤)، والدر المختار لمحمد بن علي الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي دار الفكر بيروت ١٣٨٦هـ الطبعة الثانية (٥/ ٦٨٧).

(٢) انظر: البرهان للجويني (ص/ ١٣٩)، و البحر المحيط للزركشي (٥/ ٣٠٧).

(٣) انظر: البحر المحيط للزركشي (٤/ ٣١٦).

رابعًا: الفرقُ بنوع اصطلح العلماء على رده فرقٌ باطلٌ:

كأن يقول المستدل: الزاني المحصن يجب رجمه بالقياس على ماعز. فيقول المعترض: لا يجب رجم الزاني المحصن لأن الرجم وجب في حق ماعز تطهيرًا، له وهذا المعنى معدوم في غيره. فقول المعترض هنا لا يُلتفت إليه، وهو فرق باطل[1]، وسبب البطلان: أنه إن ثبت أن الرجم في حق ماعز كان تطهيرًا له، ففي حق غيره تطهيرا أيضًا، فلا فرق.

خامسًا: الفرق بكون الأصل مجمعًا عليه والفرع مختلفًا فيه فرقٌ باطلٌ:

مثال: لو قال المستدل: تجب الزكاة على البالغ والصبي. فيقول المعترض: الحاجة إلى وجوب الزكاة على البالغ أكثر منه على الصبي، لأنها في البالغ متفق عليه وفي الصبي مختلف فيه، ولو استوت الصورتان في المصلحة لاستوتا في الاجتماع وعدمه. فهذا الفرق الذي ذكره المعترض باطل، وكذلك الفرق بكون الأصل منصوصًا عليه والفرع مختلفًا فيه لأنه لو صح الفرق بذلك لبطلت الأقيسة كلها[2].

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي (٤/ ٣١٦).

(٢) نفس المرجع السابق.

◈ الفرع الثاني: آراء الأصوليون في الفرق:

للأصوليين في الفرق ثلاثة أقوال:

القول الأول: يقبل[1]، واختاره الجويني، والغزالي، وابن السبكي، وابن الحاجب، والإمام أحمد بن حنبل، وابن النجار[2] وغيرهم.

القول الثاني: لايقبل[3]، واختاره ابن السمعاني[4]، والسرخسي[5]، ونسبه الجويني

(١) انظر:البرهان للجويني (٢/ ١٤٠)،و الإحكام للآمدي(٤/ ٢٨٢)، و شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الإيجي(ص٣٥٣)، والمستصفى للغزالي (٢/ ١٦٧، ١٦٩)، وحاشية العطار على جمع الجوامع لحسن العطار (٢/ ٣٦٤)دار الكتب العلميه بيروت الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ،و شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص٣١٤)، و جمع الجوامع لتاج الدين السبكي (ص١٠١)، و تحفة المسؤول للرهوني(٤/ ١٨٦)، و التقرير والتحبير لابن أمير الحاج(٣/ ٣٤٢)، و شرح الكوكب المنير لابن النجار(٤/ ٣٢١)، و الآيات البينات للشافعي في شرح جمع الجوامع للمحلي(٤/ ٢٠٣)، و إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ٢١٥)، و نثر الورود للشنقيطي (ص٣٦٦)، و المدخل لمذهب الإمام أحمد لعبد القادر الدمشقي(ص٣٥٧).

(٢) هو تقي الدين أبو البقاء محمد بن شهاب الدين أحمد بن عبدالعزيز الحنبلي الشهير بابن النجار، ولد بمصر سنة ٨٩٨هـ ونشأ بها وأخذ العلم من علماء عصره، ومنهم والده شيخ الإسلام، كانت حياته كلها لخدمة الإسلام والمسلمين من أشهر مؤلفاته (شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير). توفي ٩٧٢هـ. انظر: خلاصة الأثر للمحبي دار الصادر بيروت لبنان (٣/ ١٠٩).

(٣) انظر: المحرر في أصول الفقه للسرخسي دار الكتب العلمية بيروت ط١(٢/ ١٧٩)، وقواطع الأدلة للسمعاني (٢/ ٢٢٥)، والبرهان للجويني (٢/ ١٤٠).

(٤) هو منصور بن أحمد بن عبدالجبار التميمي، أبو المظفر المعروف بابن السمعاني الحنفي ثم الشافعي ولد سنة ٤٢٦هـ. من مؤلفاته: (قواطع الأدلة في أصول الفقه)، وله كتاب في التفسير. توفي سنة ٤٨٨هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (١٩/ ١١٤).

(٥) هو محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة قاض من كبار علماء الحنفية مجتهد من أهل سرخس في خرسان من شيوخه شمس الأئمة: عبدالعزيز الحلواني، وكان السرخسي حجةً ثبتًا متكلمًا أصوليًا مجتهدًا. من مؤلفاته: (المبسوط في الفقه) و(أصول السرخسي)، توفي سنة ٤٨٣هـ. انظر: الفوائد البهية (ص١٥٨).

لبعض أرباب الجدل.

القــول ثالــث: نـسبه ابـن الـسمعاني إلى ابـن سريـج[1] وهـو اختيـار الأسـتاذ أبي إسحاق[2].

أن الفرق هو المعارضة وهذا القول ضعيف[3].



(١) هو أحمد بن عامر بن سريج البغدادي الشافعي أبو العباس فقيه الشافعية في عصره يلقب بالباز الأشهب ولـد سـنة ٢٤٩هـ بلغت مؤلفاته ٤٠٠مؤلـف مـن مؤلفاتـه (الـرد عـلى ابـن داود الظـاهري في إبطـال القياس)،و(مختصر في الفقه) وغيرهما كثير توفي سنة ٣٠٦هـ. انظر : تاريخ بغداد (٤/ ٢٨٧).

(٢) هو أبي إسحاق المروزي إبراهيم بن أحمد المروزي، فقيه انتهت إليه رياسة الشافعية بالعراق بعد ابن سريج، من مؤلفاته (الفصول في معرفة الأصول)،و(الوصايا) توفي في ٣٤٠هـ.

(٣) انظر : حيث نبه الشربيني على الفرق بينهما وهو : أن المعارضة مجرد ابداء علة أخرى في الأصل أو الفرع وليس فيه تعرض لكون الوصف الذي حصل به الفرق أشد مناسبة للحكم من الوصف الذي جمع به المستدل. انظر : قواطع الأدلة للسمعاني (٢/ ٢٣٢)،وتقرير الشربيني (٢/ ٤٩٣-٤٩٤).

المطلب الثاني: مناقشة مذاهب العلماء وبيان الراجح منها

ويشتمل على الفروع التالية:

- الفرع الأول: أدلة المذهب الأول.
- الفرع الثاني: أدلة المذهب الثاني.
- الفرع الثالث: القول الراجح.

◈ الفرع الأول: أدلة المذهب الأول:

الدليل الأول: النقل.

أن الثابت بالنقل والاستقراء أن مباحث الصحابة (رضوان الله عليهم) كانت جمعًا وفرقًا، ومن تأمل كتب السير وتتبع تفاصيل الآثار لم يخفَ عليه ذلك، فالمقصود بكلمة (جمعًا): تعميم الحكم بين أصل وفرع بسبب وصف مشترك بينهما.

والمقصود بكلمة (فرقًا): تخصيص ذلك الحكم بالأصل. فالجمع والفرق إذن بتعميم بعضية وصف وتخصيص بعضية آخر وذلك بسبب وصف خاص بالأصل. والبحث والنظر إنما هو في كونِ علة الحكم في الأصل هي ذلك الوصف المشترك أو الخاص، وذلك إجماع على إبداء وصف فارق غير موجود في الفرع في معارضة وصف جامع اعتبره المستدل، وهو يقبل ويترك به قياس المستدل ولا معنى لقبول المعارضة سوى هذا وهو المراد[1].

ومناقشة هذا الدليل من جانبين:

الأول: المفروض استقلال كل واحد من الوصفين بالعلية، وهو يستلزم تعدد

---

(١) انظر: البرهان (٢/ ١٣٨)، و شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الإيجي (ص٣٥٣-٣٥٤).

العلة، فيصار إليه وحينئذ يكون ما ذكر علة مستقلة وعلية غيره غير ضائرة[(١)].

الثاني: إنه إنما كانت مباحث الصحابة جمعًا وفرقًا قبل ظهور الاستقلال - أي العلة المستقلة- بمسلك من مسالكه فأما بعد الاستقلال فممنوع، كما أن دعوى كون مباحثاتهم فرقًا ممنوع، بل كانت ممانعة للعلية أي على سبيل الممانعة، ولكن قد لا تكون على سبيل الممانعة، ولكن قد تكون مع إبداء علة أخرى سندًا للمنع لا أنها كانت معارضة[(٢)]

والرد عليه يكون بأنه: لما احتمل استقلالهما والتعدد وجزئيتهما والوحدة كان الحكم بالاستقلال والتعدد تحكما محضا - والتحكم هو الأخذ بقول من الأقوال والحكم به بدون دليل - وأنه باطل وذلك كما لو أعطى قريبا عالما فإنه يمكن أن إعطاءه يكون لقرابته أو لعلمه أولهما فالحكم، بأحد الثلاثة تحكم.[(٣)]

ومن أدلة النقل:

أولاً: تلك المرأة التي أجهضت عندما بلغها رسول عمر بن الخطاب ﷺ وحَمْلُه تهديدًا لها، فلما شاور عمرُ عبدالرحمن بن عوف ﷺ في شأنها قال له: "إنك مؤدب، ولا أرى عليك شيئًا". فقال علي: (إن لم يجتهد فقد غشك وإن اجتهد فقد أخطأ، أرى عليك الغرة)[(٤)]

وجه الاستدلال: أن عبدالرحمن شبهه بالتأديب المباح الذي لا يعقب ضمانًا وجعل

---

(١) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الإيجي (٣٥٣-٣٥٤).

(٢) انظر: البرهان (٢/ ١٣٨).

(٣) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الإيجي (ص ٣٥٨).

(٤) خرجه البيهقي في سننه الكبرى كتاب الإجارة،وفي كتابه معرفة السنن والآثار كتاب الصلح،وخرجه أبو الفضل العسقلاني في كتابه تلخيص الحبير وقال حديث منقطع. انظر : سنن البيهقي الكبرى لأحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي مكتبة دار الباز مكة المكرمة ١٤١٤هـ(ج٦/ ١٢٣)،ومعرفة السنن والآثار لأبي بكر البيهقي دار الكتب العلمية بيروت لبنان تحقيق سيد حسن(ج٤/ ٥١١)، وتلخيص الحبير لأحمد بن عبي بن حجر أبو الفضل العسقلاني المدينة المنورة ١٣٨٤هـ (ج٤/ ٣٦-٣٧) .

الجامع أنه فعل ما له أن يفعله، وأن علياً فرق بينه و بين سائر التأديبات بأن التأديب الذي يكون من جنس التعزيرات لا تجوز فيه المبالغة المنتهية إلى حد الإتلاف، وذلك يدل على إجماعهم على قبول الفرق.(1)

ثانيًا: لو تتبع المتتبع مناظرات أصحاب رسول الله عليه الصلاة والسلام في مسائل الجد وغيرها من قواعد الفرائض لوجد معظم كلامهم في المباحثات جمعًا وفرقًا، ويسهل على الموفق تقدير جريان الجمع والفرق من الأولين مجرى واحدا في طريق النقل المستفيض(2).

مناقشة الدليل:

ذكر ابن السمعاني أن الفرق والجمع الذي خاض فيه العلماء لم يُنقل عن الصحابة أصلاً، وإنما كانوا يتبعون التأثيرات، والذي نُقل عن عبدالرحمن بن عوف معنى صحيح، والذي أشار إليه علي في معنى الضمان ألطف منه والمراد منه: أنه وإن كان يُباح له التأديب ولكنه مشروط بالسلامة لأنه أمر ليس بحتم، بل يجوز فعله وتركه، فيطلق فعله بشرط السلامة.

ثم ذكر أن هذا ليس من الفرق والجمع، بل هو من الفروق التي تلحق جمع المستدل بالطرد - أي الوصف الذي جمع به المستدل بين الأصل والفرع وصف طردي - والفرق بهذا الوصف يقبل(3).

الدليل الثاني:

لو لم يقبل الفرق لم يمتنع التحكم، واللازم باطل ضرورةً واتفاقًا. وبيان المقصود باللازم: أن الوصف المبدي في الصورة الأولى - أي الذي أبداه المعترض - يصلح للاستقلال والجزئية كوصف المستدل، والوصف المبدي في الصورة الثانية يصلح للجزئية

(1) انظر: المحصول للفخر الدين الرازي(٢/ ٣٣٧)، و التقرير و التحبير لابن أمير الحاج (٣/ ٣٤٣)، وفواتح الرحموت للكنوي(٢/ ٣٩٤).

(2) انظر: البرهان للجويني(ص ١٣٨).

(3) انظر: قواطع الأدلة لابن السمعاني (٢/ ٢٣١)، و البحر المحيط للزركشي(٥/ ٣٠٤-٣٠٥).

كوصف المستدل، فالحكم باستقلال المدعي أو جزئيته دون اعتبارهما معا تحكُّم[1].

وهناك اعتراضات على هذا الدليل من أربعة جوانب:

الأول: قيل: في لفظه تساهل، لإيهامه أن المستدل ادعى جزء علة، فالأولى أن يقول: ليس جزء العلة الذي ذكره المعترض أولى بالاستقلال من الجزء الذي ذكرته.

الثاني: قوله : (من وصف المعارضة) ضائع لا يحتاج إليه.

الرد: إذا جُعل "من وصف المعارضة" متعلقًا بقوله: "أولى" لم يكن تساهلاً، ولم يكن ما ذكر ضائعًا، إلا أن فيه إطلاق المصدر لإرادة اسم الفاعل.

الثالث: فإن قيل: لا تَحَكُّم مع الرجحان، إذ في اعتبار وصف المستدل دون وصف المعارضة توسعة للأحكام، لأنه إذا اعتُبِر تعدى الحُكُم إلى الفرع، ولو اعتُبر الآخر – وهو أنه لا يوجد في الفرع – لم يتعد.

وردُّه: لا نسلم دلالة حصول التوسعة بكونها علة على كونها علة تعم – نعم يصلح ذلك مرجحًا لدليل يثبت عليتها لو وجد، والكلام في ثبوت العلية لوصف المستدل[2]

الرابع: لما أثبت المستدل استقلال العلة فلا احتمال لعدمه، ولو لم يأت بمسلك يفيد الاستقلال فالإيراد منع العلية لا الفرق[3].

أما الوصف إذا لم يكن علة مستقلة. فالحكم إما أن يكون ثابتًا لما ذكره المستدل لا غير، أو لما ذكره المعترض لا غير، أو لهما جميعًا، بحيث تكون العلة مجموع الوصفين، وكل

(١) انظر: غاية الوصول في شرح لب الأصول لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري (١/ ١٤٠).

(٢) انظر: الإحكام للآمدي (٤/ ٢٧٦)، و شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الإيجي(ص ٣٥٣-٣٥٤)، و تحفة المسؤول للرهوني (٤/ ١٨٨-١٨٩)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٢٩٥- ٢٩٦)، و التقرير و التحبير لابن أمير الحاج(٣/ ٣٤٢).

(٣) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الإيجي (ص٣٥٣- ٣٥٤)، و الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٢٩٥- ٢٩٦)، والتقرير والتحبير لابن أمير الحاج (٣/ ٣٤٢).

واحد منهما جُزْأُها فلا يصح أن يُقال بالأول ولا بالثاني؛ فإنه ليس تعيين أحدهما للتعليل وإلغاء الآخر مع تساويهما في الاقتضاء أولى من الآخر فلم يبق غير الثالث، ويلزم منه امتناع تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع.

الرد: بتقدير تساوي الاحتمالات الثلاثة فلا يخفى أن التعدية تمتنع بتقدير أن تكون العلة ما ذكره المعترض و بتقدير أن تكون هي الهيئة الاجتماعية من الوصفين، وإنما يصح بتقدير التعليل بما ذكره المستدل لا غير، ولا يخفى أن وقوع احتمال من احتمالين أغلب من وقوع احتمال واحد بعينه، ومع ذلك فالتعدية تكون ممتنعة لكن بشرط أن يكون ما أبداه المعترض صالحا للتعليل، أو لدخوله فيه عند كون ما أبداه المستدل صالحًا، وإلا فلا معارضة[(١)].

الدليل الثالث:

أنه يؤثر في كون العلة جامعة بين الفرع والأصل، وذلك هو المقصود من القياس - التأثير[(٢)]- فالذي يؤثر في جمع المستدل يقدح[(٣)].

وهذا الدليل لم يتعرض له العلماء المانعين بالمناقشة والاعتراض.

الدليل الرابع:

لابد من القبول، لئلا تختل فائدة المناظرة، وهو ثبوت الحكم، لأنه لا يتحقق بمجرد الدليل ما لم يعلم عدم المعارضة[(٤)].

مناقشة هذا الدليل:

قيل: فيه قلب التناظر؛ لأنه استدلال من معترض، فصار الاستدلال إلى المعترض

(١) انظر: الإحكام للآمدي (٤/ ٢٧٦).

(٢) سبق الحديث عن التأثير بالتفصيل في قوادح العلة (ص٧٨).

(٣) انظر: الآيات البينات للشافعي (ص٢٠٣)، ونثر الورود للشنقيطي (ص٣٦٦).

(٤) انظر تحفة المسؤول للرهوني (٤/ ٢٠١-٢٠٣).

والاعتراض إلى المستدل، وهو خروج مما قصداه كلاهما من معرفة صحة نظر المستدل في دليله إلى أمر أخر وهو معرفة صحة نظر المعترض في دليله والمستدل لا تعلق له بذلك ولا عليه، أتم نظره أم لا.

والرد: أنه إنما يكون قلبًا للتناظر لو قصد به إثبات ما يقتضيه دليله، وليس كذلك بل قصدُه هدم دليل المستدل وبيان قصوره عن إفادة مدلوله فكأنه يقول: دليلك لا يفيد ما ادعيت لقيام المعارض وهو دليلي فعليك إبطال دليلي ليسلم لك دليلك فيفيد، وكيف يقصد به إثبات ما يقتضيه وهو معارض بدليل المستدل فإن المعارضة من الطرفين وكلاهما يبطل حكم الآخر[1].

الدليل الخامس:

أن المستدل ألتزم إذا نطق بالعلة تصحيحَها والوفاءَ بإتمام الغرض منها في مسلك الظن، ولن يتم هذا الغرض ما لم تسلم العلة عن المعارضة، فشرط صحة العلة - علة المستدل - خلوها عن المعارضة فإذا عارض معارض امتنعت صحتها، وحقيقته: أن المستدل لا يستقر ما لم يبطل بمسلك السبر[2] كل ما عدا علته مما يقدر التعليل به، فإذا علل ولم يسبر فعورض بمعنى في الأصل فكأنه طولب بالوفاء بالسبر، ويتبع كل ما سوى علته بالنقض و الإبطال[3].

وقد ناقش العلماء هذا الدليل من أكثر من جهة فقال الزركشي: هذا راجع إلى أن تعليل الأصل بعلتين لا يجوز[4].

وذكر ابن السمعاني: " أن هذا باطل. وقال: إن شرط صحة التعليل خلوها من المعارضة فليس بشيء لأن المعارضة إنما تكون قادحة إذا وجدتا في حكمين على التضاد،

(١) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب للعضد الإيجي (ص٣٥٨).

(٢) سبق الحديث عن معنى السبر عند الحديث عن مسالك العلة(ص٦٧)من البحث.

(٣) انظر: قواعد الأدلة للسمعاني (٢/ ٢٢٩).

(٤) انظر: البرهان للجويني (٢/ ١٣٦)، و البحر المحيط للزركشي (٥/ ٣٠٤).

وأما إذا أدركته علتان لحكم واحد فلا يكون قادحًا، ولا يسمى معارضة "[1].

ورد ابن السمعاني على من قال: "أنه لا يصح تعليل المستدل ما لم يبطل كل ماعدا علته". فقال: "ومن قال هذا؟ ولأي معنى يجب؟ وإنما وجب عليه أن يذكر علة مخلة في الحكم مناسبة له، ثم إذا وجد لها فرعا ألحقه بالأصل الذي استنبط منه العلة في الحكم".

فأما السبر والتقسيم، وإبطال كل علة سوى العلة المذكورة فليس بشيء، وقد نُسب هذا إلى أبي بكر الباقلاني[2] ومن كلف المستدل هذا أو رام تصحيح العلة من نفسه فقد أعلمنا من نفسه أن الفقه ليس من بابه ولا من شأنه وإنما دخل فيه مدعيًا له.

وطريق السبر قد بان بطلانه، أما قوله: (إنه التزام) كذلك فهو ليس التزامًا بل في تعليل المعلل التزام إبطال كل علة سوى علته: هذا من الترهات والخرافات. كذلك من يقول: إن تعليل الأصل بعلتين لا يجوز)[3]

وقال الجويني: "لو قيل: أظهر الاعتراضات وأكثرها وقوعا المعارضات في تقابل الظنون"[4].

الرد: لو كان ذلك صحيحًا لكان ترجيحًا: فالمقصود أنه لا يتطرق الكلام ما لم يغلب على الظن ثبوت علة المستدل، ومن ضرورة ذلك درء المعارضات عنها، والمعترض مرتب في مراسم النظر لإيراد ما يقدح لو ثبت، فإذا فعل ما رتب له شيئا تصدى المستدل لدفعه والجواب عنه فيكونان متعاونين على البحث والاعتراض والجواب.

(١) انظر: قواطع الأدلة لابن السمعاني (٢/ ٢٢٩- ٢٣٠).

(٢) هو محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر المعروف بالباقلاني البصري الفقيه المالكي المتكلم الأصولي كنيته أبو بكر، نشأ بالبصرة وسكن بغداد كان فقيهًا بارعًا وكان من الفضل والعلم بحيث تنازعه الشافعية والحنابلة، فكل يريد أن يشرف به. من مؤلفاته شرح اللمع. التمهيد في أصول الفقه توفي سنة ٤٠٣هـ ودفن في داره ثم انتقل إلى مقبرة باب حرب ببغداد. انظر: شذرات الذهب (٣/ ١٦٨-١٦٩).

(٣) انظر: قواطع الأدلة لابن السمعاني(٢/ ٢٢٩- ٢٣٠).

(٤) البرهان للجويني (٢/ ١٣٤).

وقال أيضًا: "أن المعترض ممنوع من الإتيان بصورة الدليل"[1] – وصورة الدليل هي ما يحصل به الدليل بالفعل أي حقيقته وهيئته –.

الرد: لا طائل من وراء هذا الكلام، فإن صورة الأدلة ما امتنعت من حيث أنها تسمى أدلة، وإنما امتنعت إذا كان المعترض مضربا عن قصد الاعتراض، آتيا بكلام على الابتداء ليس اعتراضًا فهذا يخرم شرط الجدل من جهة أن المعترض إذا كان كذلك مع المستدل لا يتلاقيان على مباحثة والغرض من المناظرة التعاون على البحث والفحص[2].

الدليل السادس:

أن الفرق لدى المجيزين للفرق هو الواقع بعد سلامة فقه الجمع بمعنى: أن المستدل الذي يجمع بين الأصل والفرع لم يلتزم بجمعه مساواة الفرع للأصل في كل القضايا، وإنما مراده إثبات اجتماع الأصل والفرع في الوجه الذي يريده، فإذا استتب له ما يريد من ذلك – وكان وجهاً يعترف به الفقيه في قصد الجمع ويرتضيه – فالفرق يقع وراءه ويأتي بعده، وصاحب الجمع – وهو المستدل – معترف بأنه غير مُلتزم اجتماعُ الفرع والأصل في كل شيء، وكل اعتراض تمكن المستدل من الاعتراف بمقتضاه مع الاستمرار على مقصده من العلة فليس بقادح، وإنما الاعتراض القادح ما يرد مناقضًا لمقصود المسألة.[3]

(١) المرجع السابق.

(٢) انظر: البرهان(٢/ ١٣٤).

(٣) انظر: البرهان للجويني (٢/ ١٣٧).

◈ الفرع الثاني: أدلة المذهب الثاني:

الدليل الأول:

أن المعترض - الذي يفرق بالضرورة بين الفرع والأصل - يدعي وجود وصفٍ في الأصل ليس موجودًا في الفرع، ولم يتعرض للوصف الذي وضعه المستدل، ويجوز أن يكون الأصل معلولاً بعلتين وكل علة توجب الحكم بانفرادها، ووجدت إحدى العلتين في الفرع وعدمت الأخرى، ووجود إحدى العلتين كافية لوجوب الحكم، فلا ينظر إلى الفرق[(١)]. مثاله: إذا وقع في دلو ماء قطرة بول وقطرة دم ينجس الماء بنجاسة البول والدم فلو توهمنا زوال قطرة البول يبقى الماء متنجساً لوجود قطرة الدم، فوجود إحدى العلتين كافية لوجوب الحكم وهو التنجس.

الدليل الثاني:

أن الخلاف وقع في حكم الفرع لا في حكم الأصل، ولم يلتزم المعترض بما ذكر من الفرق إلا أنه أرى المستدل وغيره عدم العلة في الفرع وعدم العلة لا يصلح دليلا على عدم الحكم إذا لم يوجد دليل آخر يوجب وجود الحكم، حتى لو علل وقال الحكم معدوم؛ لأن علته معدومة فلا يصح، فالعدم لا يكون حجة، والعلة الموجودة لا تتعارض مع العلة الأخرى، لأنه إذا وجدت إحدى العلتين وجب وجود حكمها فيه ولا يلزم انتفاء الحكم لانتفاء العلة الثانية، لأن انتفاء العلة لا يقتضي انتفاء حكمها إذا خالفتها علة أخرى[(٢)].

مناقشة الدليلين السابقين من وجهين:

١- في عدم جواز التعليل بعلتين أن الإنسان إذا أعطى فقيرا فقيها احتمل أن يكون الداعي له إلى الإعطاء كونه فقيرا فقط أو كونه فقيها فقط أو مجموعهما أولا لواحد منهما

(١) انظر: قواطع الأدلة للسمعاني (٢/ ٢٢٥- ٢٢٦)، و كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري (٤/ ٨٨).

(٢) انظر: قواطع الأدلة للسمعاني (٢/ ٢٢٥)، و كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري (٤/ ٦٧ و ٨٨).

فهذه الاحتمالات الأربعة متنافية لأن قولنا (الداعي له إلى الإعطاء هو الفقر لا غير) ينافي أن يكون غير الفقر داعيا أو جزءا من الداعي.

وإذا كانت هذه الاحتمالات متنافية فإن بقيت على حد التساوي امتنع أن يكون واحد منها فقط العلة؛ لظن أنه يمكن أن يكون كل واحد منها علة على التعيين؛ فلا يجوز الحكم بكون واحد منها علة وإن ترجح بعضها فذلك الترجيح يحصل بأمر وراء المناسبة والاقتران لأن ذلك مشترك بين الأوصاف الأربعة، وحينئذ: يكون الراجح هو العلة دون المرجوح[1].

٢- أنه لو علل الحكم بعلتين لاجتمع على الأثر الواحد - أي الحكم الواحد - وصفان مؤثران مستقلان أي علتان وهو محال؛ وإلا لاستغنى بكل واحد من الوصفين المؤثرين عن كل واحد منهما، فيلزم أن يقع الحكم بهما في حالة عدم وقوعه بهما، وأن لا يقع الحكم بهما حالة وقوعه بهما، وهو جمع بين النقيضين؛ لأن وقوع الحكم بكل واحد منهما سبب لعدم وقوعه من الآخر، فلو حصل وقوع الحكم بالعلتين لحصل المعلولان، وهو عدم الوقوع بهما ولأن تعليل الحكم بعلتين يفضي إلى نقض العلة وهو خلاف الأصل.

وتوضيحه: أنه إذا وُجدت إحدى العلتين ترتب عليها الحكم فإذا وجدت الأخرى بعدها لا يترتب عليها شيء، فقد وجدت العلة الثانية بدون الترتيب - أي ترتب الحكم على العلة - لتقدم الترتيب عليها بناء على العلة الأولى، فيلزم وجود العلة بدون وجود مقتضاها وهو نقض عليها[2].

الدليل الثالث:

وجود المفارقة دليل على صحة العلة، فإن الأصل يكون مفارقًا للفرع في بعض الوجوه، ولولا تلك المفارقة لم يمكن الجمع بينهما ببعض الوجوه مفيدًا للحكم، لأن

(١)انظر: المحصول لفخر الدين الرازي (٢/ ٣٣٧)..

(٢) انظر: تنقيح الفصول للقرافي (٣١٤).

الشيء لا يدل على نفسه، ولأن القياس إلحاق فرع بأصل، فلا بد من وجود المفارقة بينهما ليكون أحدهما أصلاً والآخر فرعا.

وصورة هذا: أنا نقيس الأرز والذرة على الحنطة والشعير في حكم الربا، وبالقطع عُلم وجود المفارقة بينهما في أوصاف كثيرة، والمفارقة في تلك الأوصاف لم تمنع صحة القياس[1].

المناقشة : أنه يمكن قلب هذا الدليل على المستدل به والقول أن المفارقة دليل على عدم صحة العلة لأن الجامع بين الفرع والأصل العلة فإذا افترقًا فُقِدَت العلة، وبتالي فُقِدَ القياس.

◈ الفرع الثالث: القول الراجح:

الذي يترجح في نظري - والعلم عند الله - هو المذهب الأول القول بأن الفرق يقبل وهو المختار عند أكثر العلماء وارتضاه كل من ينتمي إلى التحقيق من الفقهاء والأصوليين وذلك لما يلي:

أولا: أنه وإن اشتمل على معارضة معنى الأصل ومعارضة معنى الفرع فليس المقصود منه المعارضة وإنما المقصود منه مناقضة الجمع.

ثانياً: لقوة ما ستدل به القائلون بهذا القول،كذلك مناقشتهم لأدلة أصحاب المذاهب الأخرى وإجابتهم عما نوقش به أدلتهم.

ثالثاً: هو القول المستمد من أقوال وأفعال الصحابة ﷺ والذي رجع إليه كثير من العلماء مثل الجويني و الزركشي وابن الحاجب و غيرهم.

رابعاً: أن الأصوليون يعرفون القياس بالتسوية ومع الفرق لاتوجد تسوية فلابد إذن من قبوله حتى يتميَّز القياس الصحيح من غيره.

---

(١) انظر: قواطع الأدلة للسمعاني (٢/ ٢٢٦).

خامساً: أن الفطرة السليمة وبداهة العقول تقتضي العمل بالفرق، حتى يطمئن العالِم للحكم المُتَوصَّل إليه؛ بعد العلم بأنه ليس هناك ما يقدح فيه.

* والله تعالى أعلم *



المبحث الخامس

شـــروط الفـــرق

<u>وفيه مطالـبان</u> : -

- **المطلب الأول : الشروط المتفق عليها عند العلماء القائلين بصحة الفرق.**
- **المطلب الثاني : الشروط المختلف فيها عند العلماء.**

* * * ** * * *

المطلب الأول: الشروط المتفق عليها عند العلماء

* الشرط الأول:

أن يكون بين الأصل والفرع فرقٌ بوجه من الوجوه، وإلا لكان الأصل والفرع شيئًا واحدًا، وليس كل ما انفرد به الأصل من الأوصاف يكون مؤثرا مقتضيا للحكم، بل ربما يكون مُلغَى لاعتبار آخر، فلا بد أن يكون الوصف الفارق قادحًا.

* الشرط الثاني:

أن يكون قاطعا للجمع، بمعنى أن يكون أخصَّ من الجمع ليقدم عليه أو مثلَه ليعارضه. فإن كان الفرق أعم منه فالجمع الخاص مُقَدَّم على الفرق العام ومثال الفرق العام: ما رآه الشافعي في انعقاد النكاح بفاسقين قياسًا على حضور الصبي. فللحنفي أن يقول: الصبي بعد بلوغ لو أعاد شهادته المردودة سابقًا قُبلت، بخلاف الفاسق فهذا الفرق لا يشعر بما هو حكم المسألة، فلا يعارض الدليل المشعر بحكمها.[1]

(١) انظر: البحر المحيط (٥/ ٣٠).

المطلب الثاني: الشروط المختلف فيها عند العلماء

*** الشرط الأول:**

أن يرد الفرق إلى أصل. يعني: هل يحتاج المعارض إلى أصل يبين تأثير وصفه الذي أبداه في ذلك الأصل حتى يُقبل منه بأن يقول: العلة: الطعم دون القوت كما في الملح أم لا؟.

والذي ذهب إليه جمهور العلماء أنه لا يحتاج إلى هذا الشرط[١].

*** الشرط الثاني:**

أن لا يحتاج الفارق إلى زيادة أمر في جانب الفرع إذا عَكَسه فإنه إذا ذكر زيادة كان جمعًا بين معارضة في الأصل ومعارضة في الفرع. كالقول في خيار الشرط: حق مالي لازم يجري الإرث فيه، كخيار الرد بالعيب فيقول المعترض: خيار العيب معتاض عنه وليس بوثيقة احتراز عن الرهن. فهذا باطل[٢].



(١) انظر: البحر المحيط (٥/ ٣٠-٣١)، وشرح الكوكب المنير (٤/ ٢٩٧- ٢٩٨).

(٢) هذا الشرط مختلف فيه ولم يتبين لي من الذي أخذ به ومن الذي رفضه ولكن ذكره الزركشي في كتابه البحر المحيط. انظر: البحر المحيط (٥/ ٣٠).

المبحث السادس: الجواب عن قادح الفرق

وللمستدل أن يجيب على المعترض بعدة طرق وهي:

❖ **الطريق الأول:**

الاعتراض بما يعترض به على العلل المستقلة فإذا بطل مستند الفرق بطل الفرق(1).

❖ **الطريق الثاني:**

منع كون المبدا في الأصل علة أو جزء من العلة.

مثال: أن يقول الشافعية (المستدل) في حكم الأخرس أنه كالناطق في القذف.

فيعترض الحنفية بأن الناطق صريح في القذف أما الأخرس فلا.

فيجيب المستدل بمنع وصف الصراحة في القذف في الناطق(2).

❖ **الطريق الثالث:**

منع كون ما في الفرع مانعاً من الحكم.

مثال: أن يقول المستدل يجب القصاص على المسلم بقتل الذمي قياساً على غير المسلم.

فيقول المعترض: أن في الفرع مانع من الوجوب وهو الإسلام.

فيجيب المستدل بمنع كون الإسلام مانع من القصاص(3).

---

(1) انظر: الإبهاج للسبكي (٣/ ١٣٧)، وتنقيح الفصول للقرافي (٣١٤)، و إرشاد الفحول للشوكاني (٢/ ٢١٥).

(2) انظر: التقرير والتحبير (٢/ ٣٥٩)، نثر الورود للشنقيطي (٣٦٦)، الآيات البينات (٤/ ٢٠٣).

(3) انظر: المراجع السابقة.

◈ **الطريق الرابع:**

جعل الإمام الآمدي جواب الفرق لديه كالجواب المذكور في المعارضة في الأصل والفرع.وهي كالتالي:

الأول: أن يشير المستدل إلى خفاء وصف المعارضة.

فيقول المستدل للمعترض بالرضا في صحة النكاح أن الرضا خفي والحكم الشرعي خفي لاحتياجه إلى التعريف بالدليل والخفي لا يعرف بالخفي.

الثاني: أن يطالب المستدلُّ المعترَض بكون وصف المعارضة مؤثراً. مثال: أن يقول المستدل للمعترض بالكيل: لم قلت إن الكيل مؤثر؟ وهذا إنما يُسمع من المستدل إذا كان مُثبِتًا العلة بالمناسبة أو الشبه حتى يحتاج المعارض في معارضته إلى بيان مناسبة أو شبه، بخلاف ما إذا أثبته بالسبر؛ فإن الوصف يدخل في السبر بدون ثبوت مناسبة بمجرد الاحتمال.

الثالث: منع وجود الوصف الذي أبداه ا عترض، مثل أن يعـ ـارض القـ ـوت بالكيل. فيقول ا ستدل: لا نسلم أنه مكيل، لأن العـ ة بالعادة ا تبعة زمن الرسول ﷺ وكان حينئذ موزونا.

الرابع: أن يشير المستدل إلى أن وصف المعارضة ليس منضبطاً.

فيُشِير المستدل للمعترض بأن المشقة في رخصة السفر وصف غير منضبط لأنها تختلف باختلاف الزمان والمكان و الأشخاص.

الخامس: أن يمنع المستدل ظهور وصف المعارضة.

فيجيب المستدل المعترض القائل بأن الرضا وصف ظاهر في النكاح، بأنه ليس وصفًا ظاهرًا بل هو وصف خفي، فيمنع المستدل من ظهور الوصف الذي هو الرضا.

السادس: أن يمنع المستدل انضباط وصف المعارضة.

فيرد المستدل على المعترض القائل بأن المشقة وصف منضبط في السفر، بأنه ليس

وصفاً منضبطاً فيمنع المستدل من انضباط الوصف الذي هو المشقة.

وهذه الطرق الستة السابقة تعود يعها إ شرط الوصف ا علل به، وهـو الظهور و الانضباط. فلابد للصاد عنهما أن يب عدمهما ويطالب ببيان وجود ا.

السابع: أن يبين المستدل أن وصف المعارضة غير مانع عن ثبوت الحكم في الفرع. و مثاله: لو قال المستدل: يُقتل القاتل المُكره قياسًا على المختار، والجامع بينهما القتل العمد العدوان.

ثم يعترض المعترض بالاختيار، أي أن العلة في الأصل القتل العمد العدوان بالاختيار، وهي غير موجودة في الفرع.

فإن للمستدل أن يجيب بأن وصف المعارضة غير مانع عن ثبوت الحكم في الفرع؛ لأن الاختيار عدم الإكراه المناسب لنقيض الحكم وعدم الإكراه طرد لا يصلح للعلية فالإكراه مناسب لنقيض الحكم وهو عدم القصاص، لكن عدم الإكراه طردي لا يصلح للعلية لأنه ليس من الباعث في شيء.

الثامن: أن يبين المستدل أن الوصف الذي عارض به المعترض مُلغى، فإذا بين ذلك المستدل فقد بين استقلال الباقي بالعلية في صورةٍ ما إما بظاهر النص أو الإجماع. فإذا عورِض في الربا الطعم بالكيل فيجيب المستدل بأَن النص دل على اعتبار الطعم في صورة ما، وهو قوله ﷺ: " البر بالبر ربا إلا هاء وهاء.... "[1] و يكفي في استقلال الوصف إثبات المستدل الحكم في صورة دون الوصف لأن الأصل عدم غير الوصف ويدل عليه عجز المعارض عنه.[2]

وعند البحث والتمحيص وجدت أن أكثر العلماء لم يتطرقوا لكيفية دفع الفرق والجواب عنه وقد أوضح ذلك الإمام علي السبكي وكان السبب الذي ذكره أنه نظر

(١) سبق تخريج الحديث (ص٥٠) من البحث.

(٢) انظر: شرح العضد للآيجي (ص٣٥٥)، والإحكام للآمدي(٤/ ٢٨٣)،و شرح الكوكب المنير(٤/ ٢٩٩- ٣٠٣).

متمحض جدلاً لا تعلق له بنظر المجتهد وإنما هو تابع لشريعة الجدل ولا يتعلق بها فائدة دينية، لذلك حفظاً للأوقات من الضياع لم يذكرها أكثر العلماء أو يتطرقوا لها.(١)

(١) انظر: الإبهاج للسبكي (٣/ ١٣٧).

الفصل الثاني

الفصل الثاني

في التطبيق الفقهي

من كتاب (التجريد) على قادح الفرق

ويشتمل على تمهيد وخمسة مباحث :

- **المبحث الأول : في التطبيقات الفقهية في ربع العبادات .**
- **المبحث الثاني : في التطبيقات الفقهية في ربع المعاملات المالية .**
- **المبحث الثالث : في التطبيقات الفقهية في ربع الأنكحة (المعاملات الأسرية) .**
- **المبحث الرابع : في التطبيقات الفقهية في ربع الجنايات .**
- **المبحث الخامس : في التطبيقات الفقهية في الصيد والذبائح والآداب .**

التمهيد: طريقة القُدوري ~ في كتابه (التجريد) وتعبيره عن قادح الفرق

سأتناول في هذا التمهيد مسألتين:

◈ أولاهما: طريقة القُدوري في عرضه لكتابه:

سلك الإمام القُدوري في عرض مسائل الكتاب طريقًا سلكه العلماء قبله وهي طريقة عرض المسائل الفقهية مرتبة في كل كتاب من الكتب الفقهية - بحيث يتناول المسألة الفقهية بتصوره ثم يذكر المذاهب وأقوال العلماء فيها، بعد ذلك يذكر أدلة المذهب الذي ذهب إليه، بقوله (لنا كذا) ثم يتطرق إلى باقي الأدلة ومناقشتها والرد عليها - والكتب الفقهية مرتبة حسب ترتيب الكتب عند الفقهاء السابقين بدءًا بكتاب الطهارة ثم كتاب الصلاة ثم كتاب الزكاة ثم الصوم ثم الحج... إلى آخر الكتب الفقهية وهو كتاب أدب القاضي[1].

◈ المسألة الثانية: طريقة القُدوري في تناوله لاعتراض الفرق:

للإمام القُدوري أربع طرق تطرق إليها في تصوير قادح الفرق وتفصيلها على النحو التالي:

الطريقة الأولى:

أن يجعل نفسه (القُدوري) هو المعترض ويذكر القادح صريحًا بأن يقول: هذه المسألة مفارقه لهذه المسألة.

مثال: مسألة لا ترفع اليدين في تكبير الركوع:

قالوا - أي المستدل -: ركعة من الصلاة، فوجب أن يكون من تكبيرها ما يرفع معه اليدين كالركعة الأولى.

(١) وقد سبق الحديث بالتفصيل عن كتاب التجريد في التمهيد(ص٣٢).

قلنا – أي القدوري المعترض –: حكم الركعة الثانية مفارق للركعة الأولى بدلالة أن تكبيرة الافتتاح أجمعنا على رفع اليد فيها، ثم لم يثبت رفع اليد في نظيرها من الركعة الثانية بالاتفاق، واختلفنا في تكبيرة الركوع فلأن لا تثبت في الثانية وقد اختلف في أصلها أولى[1].

الطريقة الثانية:

في هذه الحالة أيضًا يكون هو المعترض لكنه يشير إلى قادح الفرق ضمنًا و ذلك بعد ذكر المسألة والقياس ثم إنه يذكر أن المعنى في الأصل كذا أو المعنى أنها كذا، وقوله (المعنى في الأصل) إشارة إلى قادح الفرق وأن الفرق بين المسألتين هو المعنى في الأصل.

ومن الأمثلة عليه: قالوا: " ذكرٌ بين التعوذ والركوع، فجاز أن يكون من سنته الجهر كالقراءة".

وقلنا: "المعنى في القراءة أنها ذكر من القرآن فجاز أن يجهر بها، و(آمين) ذكر من غير القرآن، يفعل في جميع الصلوات لا على طريق العلامة"[2]. وهذا مثال على مسألة أن السنة الإخفاء بـ(آمين).

الطريقة الثالثة:

أن يكون أيضا هو المعترض، فيذكر المسألة وقياسها، ثم يقدح بذكر الفرق بين المسألتين بدون أن يذكر أنه فرق.

والمثال مسألة: إذا سبح في صلاته يريد خطاب غيره ولا يقصد بذلك إصلاح الصلاة فسدت....

قالوا: إن كان التسبيح كلامًا يبطل الصلاة إذا كان مع غير الإمام فإنه أبطلها كذلك

(١) انظر: الموسوعة الفقهية المقارنة التجريد للقُدوري (ج ٢/ ص٥٢٤).

(٢) المرجع السابق (٢/ ٥١٠).

إذا كان معه كالكلام.

قلنا: الكلام ليس من أذكارها، فلم يجز فيها وإن قصد إصلاحها والتسبيح من أذكارها، فجاز أن يختلف بالقصد كالسلام[1].

الطريقة الرابعة:

أن يكون القدوري هو المستدل بالقياس فيذكر قادح غيره على قياسه بالفرق بدون ذكره صراحة.

مثال: (مسألة: قراءة التشهد مسنون. قلنا: لأنه ذكر متكرر في الصلاة لا يجب الأول منه، فلم يجب الثاني كالتسبيحات.

قالوا: المعنى في التسبيحات أنها ذكر هو في نفسه قربة، وفي مسألتنا: ذكر في حالة مقصودة ليس في نفسه قربة)[2].



(١) انظر: التجريد للقدوري(٢/ ٥٩٨).

(٢) المرجع السابق(٢/ ٥٦٠).

المبحث الأول

في التطبيقات الفقهية في كتاب التجريد في ربع العبادات

وفيه خمسة مطالب : -

- المطلب الأول : التطبيقات الفقهية في كتاب الطهارة.
- المطلب الثاني : التطبيقات الفقهية في كتاب الصلاة.
- المطلب الثالث : التطبيقات الفقهية في كتاب الزكاة.
- المطلب الرابع : التطبيقات الفقهية في كتاب الصيام.
- المطلب الخامس : التطبيقات الفقهية في كتاب الحج.

* * * ** * * *

المطلب الأول
في التطبيقات الفقهية في كتاب الطهارة

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: إِزالة النجاسة بجميع المائعات الطاهرة.
- المسألة الثانية: يُكره الاستنجاء بالعظم والروث ويقع بهما الإنقاء.
- المسألة الثالثة: حكم رؤية المتيمم للماء وهو في الصلاة.
- المسألة الرابعة: إذا غسل إحدى رجليه، ولبس أحد خُفيه، ثم غسل الأخرى ولبس الخف الآخر جاز له المسح.
- المسألة الخامسة: إذا انقطع دم الحيض لأكثر مدة الحيض جاز وُطؤها قبل الاغتسال.



المسألة الأولى: إزالة النجاسة بجميع المائعات الطاهرة[1].

وفيها مذهبان:

المذهب الأول لأبي حنيفة: الذي جعل إزالة النجاسة بجميع المائعات الطاهرة جائزة[2]. المذهب الثاني للشافعي: لم يُجوزه[3].

نص القدوري «ولأنه مائع طاهر مزيل للعين والاثر فجاز إزالة النجاسة به،كالماء....... قالوا: المعنى في الماء أنه يزيل الحدث، والمعني بخلافه »[4]

بيان القياس : قاس القدوري جواز إزالة النجاسة بالمائعات على جواز إزالتها بالماء بجامع أن كلاً منهما مائع طاهر مزيل للعين والأثر.

فاعترض المخالف على هذا القياس بالفرق فقال: بأن المعنى في الماء أنه يزيل الحدث، والمائعات بخلافه، أي: لا تزيل الحدث.

وأجاب القدوري عن الفرق بأن قال: علة الفرع تَبْطل بالدبغ؛ لأنه لا يزيل الحدث، ويزيل نجاسة الجلد، فالغسل موجود قبل الدبغ، ولم يطهر فعُلم أن الدبغ هو المؤثر في الطهارة لا الماء.

نوع الفرق :معارضة في الأصل، حيث وجد معنى في الماء غير موجود في المائعات وهو إزالة الحدث.



(١) التجريد للقُدوري (ج١/ ٦٠).

(٢) لا خلاف في أنه لا تحصل بها الطهارة الحكمية وهي زوال الحدث، أما هل تحصل بها الطهارة الحَسّيّة وهي إزالة النجاسة أي زوال النجاسة الحقيقية عن الثوب والبدن؟ اختلف فيه، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: تحصل. وقال محمد وزفر والشافعي: لا تحصل. وروي عن أبي يوسف أنه فرق بين الثوب والبدن فقال في الثوب تحصل وفي البدن: لا تحصل إلا بالماء. انظر: بدائع الصنائع لعلاء الدين الكاساني دار الكتاب العربي بيروت ١٩٨٢م الطبعة الثانية. (ج١/ ص٨٣).

(٣) انظر: المجموع للنووي(١/ ٩٥).

(٤) انظر: التجريد (١/ ٦٠-٦١).

المسألة الثانية: يُكره الاستنجاء[1] بالعظم والروث ويقع بهما الإنقاء[2].

وهذا مذهب الحنفية[3]. أما الشافعي فذهب إلى أنه يجب عليه أن يعيد[4].

نص القُدوري « قالوا:إزالة نجاسة،فلا يجوز بالنجاسة كالغسل بالماء النجس. قلنا:الغسل بالماء النجس يزيل النجاسة ويخلفها غيرها، وفي مسألتنا تخفيف النجاسة والعين يابسة،فلا يخلفها غيرها.» [5]

بيان القياس: قاس الشافعية عدم الإنقاء من النجاسة على عدم الإنقاء في الغسل بالماء النجس بجامع أن كلا منهما إزالة نجاسة، فلا تجوز بالنجاسة.

ولكنَّ القُدوري أبطل هذا القياس بالفرق، فذكر أن الغسل بالماء النجس يزيل النجاسة ويخلفها غيرها. وفي هذه المسألة تخفيف النجاسة والعين يابسة، فلا يخلفها غيرها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الماء النجس معنى غير موجود في العظم والروث وهو إزالة النجاسة وخلفها غيرها.



(١) الاستنجاء في اللغة: مأخوذ من النجو، والنجو ما يخرج من البطن من ريح أو غائط، يقال استنجى المحدث تطهر بالماء أو غيره. انظر: اللسان(١٥/ ٣٠٧). أما اصطلاحا: إزالة نجس عن سبيل. انظر: الدر المختار(١/ ٣٣٥).

(٢) التجريد (١/ ١٦١).

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني(١/ ١٨).

(٤) انظر: الأم لمحمد بن إدريس الشافعي دار المعرفة بيروت ١٣٩٣هـ الطبعة الثانية (ج١/ ص٢٢).

(٥) انظر: التجريد (١/ ١٦١-١٦٢).

المسألة الثالثة: حكم رؤية المتيمم للماء وهو في الصلاة[1].

مذهب الحنفية فيه أنه: إذا رأى المتيمم الماء وهو في صلاته بطلت صلاته وتيممه[2].

ومذهب الشافعي: لا تبطل[3].

نص القُدوري« إدامة الصلاة ليس من شرطها عدم الماء،كصلاة الجنازة.........ثم المعنى في الأصل أنها ناقصة الأركان، فلم يكن عدم الماء شرطاً في استدامتها.وسائر الصلوات فروض لم تنقص أركانها فكان عدم الماء شرطاً في استدامتها.» [4]

بيان القياس:

قاس الشافعية صحة صلاة المتيمم إذا رأى الماء في الصلاة على صحة صلاة الجنازة بجامع أن إدامة الصلاة ليس من شرطها عدم الماء.

واعترض القدوري على هذا بالفرق، فذكر أن المعنى في صلاة الجنازة أنها ناقصة الأركان فلم يكن عدم الماء شرطا في استدامتها، أما سائر الصلوات فروض لم تنقص

(١) التجريد (١/ ٢١٩).

(٢) قال الكاساني في بدائع الصنائع: "وإن وجد الماء في الصلاة، فإن وجده قبل أن يقعد قدر التشهد الأخير انتقض تيممه، وتوضأ واستقبل الصلاة عندنا، وإذا وجده بعد ما قعد قدر التشهد الأخير أو بعد ما سلم وعليه سجدتا السهو وعاد إلى السجود فسدت صلاته عند أبي حنيفة، ويلزمه الاستقبال، وعند أبي يوسف ومحمد يبطل تيممه وصلاته نافلة". انظر: بدائع الصنائع للكاساني(١/ ٥٧)، والمبسوط لشمس الدين السرخسي دار المعرفة بيروت(١/ ١١٠).

(٣) قال النووي في المجموع ما معناه أنه: إذا تيمم لعدم الماء ثم رأى في أثناء صلاته ماء يمكن استعماله، نُظِرَ: فإن كان ممن يلزمه الإعادة بطل تيممه وصلاته على المذهب الصحيح، وفيه وجه ضعيف عند الخراسانيين أنها لا تبطل، بل يتمها محافظة على حرمتها، ثم يعيدها، والمشهور الأول. انظر: الأم (١/ ٤٨)، والمجموع للنووي (٢/ ٣١٨).

(٤) انظر: التجريد (١/ ٢٢٣).

أركانها، فكان عدم الماء شرطًا في استدامتها.

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد وصف في الجنازة غير موجود في الصلوات المفروضة وهو نقصان أركانها.



المسألة الرابعة: إذا غسل إحدى رجليه ولبس خفه ثم غسل الأخرى ولبس الخف الآخر جاز له المسح إذا أحدث[1].

وهذا الحنفية[2]. أما الشافعي فإنه: لا يُجوِّز المسح حتى يبتدئ اللبس بعد كمال الطهارة[3].

نص القُدوري«قالوا: لبس على طهر ناقص فلم يستبح المسح عند كمال الحال كالمستحاضة إذا لبيت ثم انقطع دمها......

لأن المستحاضة إذا ارتفع دمها تجدد وجوب الغسل بسبب سابق للبس، ولابس الخفين لم يتجدد عليه وجوب الغسل بسبب سابق،ولأن المستحاضة لم يصادف حدثها طهارة كاملة ؛ وفي مسألتنا صادف الحدث طهارة كاملة.» [4]

بيان القياس:قاس الشافعية عدم جواز المسح حتى يبتدئ اللبس بعد كمال الطهارة على عدم جواز المسح للمستحاضة إذا لبست ثم انقطع دمها، بجامع أن كلا منهما لبس على طهر ناقص فلم يستبح المسح عند كمال الحال.

وفرق القُدوري بينهما بأن المستحاضة إذا ارتفع دمها تجدد وجوب الغسل بسبب سابق لِلُّبْسِ، ولابس الخفين لم يتجدد عليه وجوب الغسل بسبب سابق.

ونوع الفرق :معارضة في الأصل حيث وجدوصف في المستحاضة غير موجود في لابس الخفين وهو أنه يتجدد عليها وجوب الغسل بسبب سابق.

---

(١) التجريد (١/ ٣١٥).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١/ ٩٩)، و بدائع الصنائع للكاساني(١/ ٩).

(٣) انظر: مختصر المزني محمد بن إدريس الشافعي دار المعرفة بيروت ١٣٩٣هـ ط٢(ص٩-١٠)، و حلية العلماء لسيف الدين أبي بكر القفال مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٠م الطبعة الأولى (١/ ١٣٧).

(٤) انظر: التجريد (١/ ٣١٨-٣١٩).

وفرقٌ آخر أن المستحاضة لم يصادف حدثها طهارة كاملة. أما في هذه المسألة صادف الحدث طهارة كاملة.

نوع الفرق : معارضة في الفرع، حيث وجد مانع في لابس الخفين غير موجود في المستحاضة وهو أنه صادف الحدث طهارة كاملة.



المسألة الخامسة: إذا انقطع دم الحيض لأكثر مدة الحيض جاز وطؤها قبل الاغتسال[1].

وهو مذهب الحنفية[2]. أما المذهب الشافعي: لا يجوز[3].

نص القُدوري « قالوا: لأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض،فلم يجز وطؤها كما لو انقطع فيما دون العشر ولم تغتسل ولم يمض وقت الصلاة....لأن المعنى فيمن كانت أيامها أقل من أكثر الحيض أنه لا يحكم بزوال الحيض وانقطاعه ما لم يوجد ما فيه نفي حكم الحيض فلم يجز الوطء.و إذا مضت أكثر المدة فقد تيقَّنًا بزواله، فهو أكثر من منافاة أحكامه.»[4]

بيان القياس: قاس الشافعية عدم جواز الوطء لمن انقطع حيضها لأكثر الحيض ولم تغتسل على عدم جواز وطء من انقطع دمها فيما دون العشرة أيام ولم تغتسل، ولم يمض وقت الصلاة بجامع أن كلا منهما ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فلم يجز وطؤها. فاعترض القدوري على هذا بالفرق، فذكر أن المعنى فيمن كانت أيامها أقل من أكثر الحيض أنه لا يحكم بزوال الحيض وانقطاعه ما لم يوجد ما فيه نفي حكم الحيض فلم يجز الوطء. أما إذا مضت أكثر المدة فقد تيقَّنًا بزواله، فهو أكثر من منافاة أحكامه.

نوع الفرق : معارضة في الفرع،حيث وجد في من انقطع دمها لأكثر الحيض مانع غير موجود في من انقطع دمها فيما دون العشر ولم تغتسل ولم يمض وقت الصلاة وهو التيقن بزوال الحيض وانقطاعه.



(١) التجريد (١/ ٣٤٢).

(٢) خالف زفر الحنفية فقال: لابد من الاغتسال. انظر: المبسوط للسرخسي(٢/ ١٦).

(٣) قال الشافعي: وإن طهرت من الحيض حل لها الصوم، ولا تحل الصلاة والطواف وحمل المصحف وقراءة القرآن ولا يحل الاستمتاع بها حتى تغتسل. انظر: الأم (١/ ٦٣)، وحلية العلماء للقفال(١/ ٢١٦).

(٤) انظر: التجريد (١/ ٣٤٧).

المطلب الثاني: في التطبيقات الفقهية في كتاب الصلاة

ويشتمل على أربع مسائل :

- المسألة الأولى: إذا أُغمي عليه يوماً وليلةً أو ما دونه قضى الصلوات.
- المسألة الثانية: السلام ليس بركن.
- المسألة الثالثة: يُكره النوافل بعد الفجر والعصر.
- المسألة الرابعة: يرفع يديه في التكبيرة الأولى من صلاة الجنازة ثم لا يرفع.

المسألة الأولى: قضاء الصلاة للمغمى عليه[1].

وذلك مذهب الحنفية[2]. ومذهب الشافعي: لا يقضي[3].

نص القدوري «قالوا: لأنها صلوات فائتة في حال هو معذور فيه،فسقط عنه فرضها كما لو زادت على يوم وليلة...... المعنى فيما زاد على يوم وليلة أن المشقة تلحق في قضائه، وما دونه لا يلحق.» [4]

بيان القياس: قاس الشافعية عدم قضائها على عدم قضائها ما لو زادت على يوم وليلة بجامع أن كلا منهما صلوات فاتته في حال هو معذور فيه فسقط عنه فرضها.

وفرَّق القُدوري بأن المعنى فيما زاد على اليوم والليلة أن المشقة تلحق في قضائه، أما ما دونه فلا يلحقه مشقة.

نوع الفرق معارضة في الأصل،حيث وجد في ما لو زادت على يوم وليلة معنى غير موجود في اليوم واليلة وهو وجود المشقة في قضائه.



(١) التجريد (١/ ٤٠١).

(٢) انظر: المبسوط لمحمد بن الحسن الشيباني إدارة القرآن والعلوم كراتشي تحقيق أبو الوفا الأفغاني (١/ ٢٢١).

(٣) وله في ذلك تفصيل جميل وهو أنه إذا أفاق وقد بقي عليه من النهار قدر ما يكبر فيه تكبيرة واحدة أعاد الظهر والعصر ولم يعد ما قبلها لا صبحا ولا مغربا ولا عشاءً، وإذا أفاق وقد بقي عليه من الليل قبل أن يطلع الفجر قدر تكبيرة واحدة قضى المغرب والعشاء، وإذا أفاق الرجل قبل أن تطلع الشمس بقدر تكبيرة واحدة قضى الصبح وإذا طلعت لم يقضها. وإنما قال ذلك لأن هذا وقت في حال عذر، جمع فيه الرسول بين الظهر والعصر في وقت الظهر و بين المغرب والعشاء في وقت العشاء فلما جعل الأولى منهما وقتاً للآخرة في حال العذر والآخرة وقت للأولى في حال العذر كان وقت إحداهما وقت للأخرى في حال العذر، وكان ذهاب العقل عذراً وبالإفاقة عليه أن يصلي العصر وأمره أن يقضي الظهر لأنه قد أفاق في وقت بحال العذر. انظر: الأم (١/ ٦٩-٧٠).

(٤) انظر: التجريد (١/ ٤٠١- ٤٠٢).

المسألة الثانية: السلام ليس بركن[1].

مذهب الحنيفة: أن السلام ليس بركن[2]. المذهب الشافعي: هو ركن[3].

نص القُدوري« لأنهما ذكران متكرران يتعلقان بالصلوات فالاول منهما في حكم الثاني كالأذان والإقامة. قالوا: المعنى في الثانية أنه لا يسقط به ماهو شرط في الصلاة، فكانت واجبة. قلنا : لا نسلم هذا....... ولو سلمناه بطل بمتابعة الإمام : تسقط القراءة إذا أدركه في الركوع، وليس بواجب، ولأنه ذكر لا يتعقبه شيء من أفعال الصلاة كتكبير التشريق،ولأنه ذكر شرع بعد التشهد كالدعاء» [4].

بيان القياس: قاس القُدوري مذهبهم على أن الأذان والإقامة ليسا بركن بجامع أن كلا من المقيس و المقيس عليه هما ذكران متكرران يتعلقان بالصلوات فالأول منهما في حكم الثاني.

فأبطل المعارض وهم الشافعية هذا القياس بالفرق فذكروا: أن الفرق بين الأول – وهو السلام – وبين الثاني – وهو الأذان والإقامة- أن المعنى في الثاني أنه لا يسقط به ماهو شرط في الصلاة، فكان واجبا. أما السلام فيسقط به ما هو شرط في الصلاة فكان ركنا.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في السلام مانع غير موجود في الآذان والإقامة وهو أنه يسقط به ماهو شرط في الصلاة.

فأجاب القُدوري عن ذلك بقوله: " لا نسلم هذا، ولو سلمناه بطل بمتابعة الإمام فتسقط القراءة إذا أدركه في الركوع وليس بواجب.

(١) التجريد (٢/ ٥٧٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني(١/ ١٩٤).

(٣) انظر الأم (١/ ١٢٢).

(٤) التجريد (٢/ ٥٧٨).

وقد ذُكِرَ في كتاب (بدائع الصنائع): أنه لو تركها عامدا كان مسيئا ولو تركها ساهيا يلزمه سجود السهو عند الحنفية والشافعية[1].

(١) بدائع الصنائع (١/ ١٩٤).

المسألة الثالثة: حكم النوافل بعد الفجر والعصر(١).

مذهب الحنفية: يكره النوافل بعد الفجر والعصر(٢).

المذهب الشافعي: لا يكره ماله سبب(٣).

نص القُدوري«قالوا صلاة لها سبب فجاز أداؤها في هذين الوقتين، كالفوائت وصلاة الجنازة. قلنا : المعنى في الأصل أنها وجبت بإيجاب الله تعالى ابتداء، فجاز أداؤها في هذين الوقتين،و النافلة لم تجب بإيجابه. فصارت كالمبتدأ.»(٤)

بيان القياس: قاس الشافعية عدم كراهة النوافل بعد الفجر والعصر إذا كان لها سبب على عدم كراهة الفوائت وصلاة الجنازة بجامع أن كلا منهما صلاة لها سبب، فجاز أداؤها في هذين الوقتين.

أبطل القُدوريُّ هذا القياس بالاعتراض بالفرق فذكر: أن الفوائت وصلاة الجنازة معناها في الأصل أنها وجبت بإيجاب الله تعالى ابتداء، فجاز أداؤها في هذين الوقتين، بخلاف النافلة لم تجب بإيجاب الله تعالى. فصارت كالمبتدأ.

و يُجاب على هذا بأن الأحكام كلها من الله ﷻ سواء وجبت أو نُدب إليها.

نوع الفرق معارضة في الأصل حيث وجد في الفوائت وصلاة الجنازة معنى غير موجود في الفجر والعصر وهو وجوبها بإيجاب الله تعالى ابتداءً.



(١) التجريد (٢/ ٧٨٤).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١/ ١٥٠-١٥١).

(٣) انظر: الأم (١/ ١٤٨-١٤٩).

(٤)انظر: التجريد (٢/ ٧٨٨).

المسألة الرابعة: رفع اليدين فيما عدا التكبيرة الأولى في صلاة الجنازة[١].

قال به الحنفية[٢]. ويرى الشافعية أن يرفع عند كل تكبيرة[٣].

نص القُدوري «قالوا: تكبيرة واحدة كالأولى.

قلنا: المعنى فيها أنها تكبيرة يقع بها الدخول في الصلاة، وفي مسألتنا ذكر واجب لا يقع به الدخول في الصلاة كالقراءة.»[٤]

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على رفع اليدين في التكبيرة الأولى بجامع أن كلا منهما تكبيرة واحدة.

وأبطل القُدوري قياسهم بقادح الفرق فذكر أن المعنى في التكبيرة الأولى أنها تكبيرة يقع بها الدخول في الصلاة، أما في مسألتنا هي ذكر واجب لا يقع به الدخول في الصلاة كالقراءة.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في التكبيرة الاولى معنى غير موجود في باقي التكبيرات وهو أنه يقع بها الدخول في الصلاة.



(١) التجريد (٣/ ١١١١).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٢/ ٦٤-٦٥)، وبدائع الصنائع (كتاب الصلاة فصل في بيان كيفية الصلاة على الجنازة (١/ ٣١٤).

(٣) انظر: الأم (١/ ٢٧١)، وحلية العلماء(٢/ ٢٩٤).

(٤) انظر: التجريد (٣/ ١١١٢).

المطلب الثالث: في التطبيقات الفقهية في كتاب الزكاة

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: وجوب الزكاة على التراخي.
- المسألة الثانية: الزكاة تتعلق بالمال.
- المسألة الثالثة: يجوز في زكاة الغنم الأنثى والذكر.
- المسألة الرابعة: لا زكاة في الفصلان والحملان و العجاجيل.
- المسألة الخامسة: لا زكاة في مال الصغير والمجنون.

المسألة الأولى: وجوب الزكاة على التراخي[1].

مذهب الحنفية: وجوب الزكاة على التراخي[2].

المذهب الشافعي: على الفور[3]. وذكر عن أبي يوسف ومحمد ما يدل على الفور[4].

نص القُدوري«قالوا: عبادة يتكرر وجوبها، فلم يجز تأخيرها إلى وقت وجوبها، مثلها كالصلاة.

الجواب:.....المعنى في الصلاة أنها عبادة مؤقتة، فمنع من تأخيرها عن وقتها من غير عذر. وفي مسألتنا الوجوب غير مؤقت وإنما يتعلق بشرط، فإذا وجد جاز أن يتراخى في الأداء كقضاء رمضان»[5].

بيانه: قاس الشافعية وجوب الزكاة على الفور على وجوب الصلاة على الفور بجامع أن كلا منهما عبادة يتكرر وجوبها، فلم يجز تأخيرها إلى وقت وجوبها.

وأبطل القدوري هذا القياس بالفرق حيث قال: المعنى في الصلاة أنها عبادة مؤقتة، فمنع من تأخيرها عن وقتها من غير عذر. وفي هذه المسألة الوجوب غير مؤقت وإنما يتعلق بشرط، فإذا وجد جاز أن يتراخى في الأداء كقضاء رمضان.

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في الصلاة معنى غير موجود في الزكاة وهو أنها عبادة مؤقتة.



(١) التجريد (٣/ ١١٤٩).

(٢) ذكر عن أبي حنيفة: أنه يكره أن يؤخرها من غير عذر. انظر: المبسوط للسرخسي كتاب الزكاة (٢/ ١٦٩)، وبدائع الصنائع كتاب الزكاة (٢/ ٣).

(٣) انظر: حلية العلماء(٣/ ١٠)، و المجموع كتاب الزكاة (٥/ ٣٠١).

(٤) انظر:: المبسوط للسرخسي كتاب الزكاة (٢/ ١٦٩)، وبدائع الصنائع كتاب الزكاة(٢/ ٣)، وحلية العلماء(٣/ ١٠)، و المجموع كتاب الزكاة (٥/ ٣٠١).

(٥) انظر: التجريد (٣/ ١١٥٠).

المسألة الثانية: الزكاة تتعلق بالمال[1].

مذهب الحنفية: الزكاة تتعلق بالمال[2].

وللمذهب الشافعي في هذه المسألة قولان الأول كقول الحنفية وهو المشهور عنهم. والقول الآخر: الزكاة تجب في الذمة والعين مرتهنة بها وفائدة الخلاف: أنه إذا توالى على نصاب واحد حولان لم تجب زكاة الثاني[3].

نص القُدوري«قالوا: زكاة واجبة فتعلقت بالذمة كصدقة الفطر.

قلنا:صدقة الفطر تجب عما ليس بمال وهو رقبة الحر فلم يتعلق بالموجب عنه، والزكاة لا تجب إلا لأجل المال، فتعلقت برقبة العبد الجاني و الأرض من غير جنس العبد»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب الزكاة في الذمة على وجوب صدقة الفطر- وهي زكاة الفطر تجب طهرة للبدن – في الذمة بجامع أن كلا منهما زكاة واجبة فتعلقت بالذمة.

ومنع القدوري هذا القياس بالفرق فذكر أن صدقة الفطر تجب عما ليس بمال وهو رقبة الحر فلم يتعلق بالموجب عنه، والزكاة لا تجب إلا لأجل المال، فتعلقت برقبة العبد الجاني و الأرض من غير جنس العبد [5].

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الصدقة معنى غير موجود في الزكاة وهو وجوبها عما ليس بمال كرقبة الحر.



(١) التجريد (٣/ ١١٥٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع كتاب الزكاة (٢/ ٧٥).

(٣) انظر: حلية العلماء(٣/ ٢٧-٢٨)، والمجموع للنووي (٥/ ٣٣٣).

(٤) التجريد(٣/ ١١٥٣- ١١٥٤).

(٥) التجريد(٣/ ١١٥٣- ١١٥٤).

المسألة الثالثة: يجوز في زكاة الغنم الأنثى والذكر[1].

لم يفرِّق الحنفية بين الأنثى والذكر في جواز إخراجها لزكاة الغنم[2].

وفَصَّل الشافعي: إذا كانت إناثا وذكورا لم يجز الذكر، وإن كان النصاب ذكورا جاز الذكر، وهل يجوز الذكر عن خمس من الإبل؟ فيه وجهان[3].

نص القُدوري«ولأنه حق الله تعالى يتعلق بالحيوان فاستوى فيه الذكر والأنثى من الغنم،كالأضحية.

ولا يقول: المقصود من الأضحية اللحم، فلذلك لم يختلف الذكر والأنثى، والمقصود بالزكاة المنفعة بالذر والنسل،ولأن هذا الفرق يبطل بالتبيع[4] في البقر ولأن ما جاز فيه الأنثى من الغنم جاز فيه الذكر بنفسه كالأضحية»[5].

بيانه: استدل القُدوري بجواز الأنثى والذكر في زكاة الغنم على جوازها في الأضحية بجامع أن كلا منهما حق الله تعالى يتعلق بالحيوان فاستوى فيه الذكر والأنثى من الغنم.

ثم افترض القُدوري اعتراضًا من قبله على هذا القياس، فذكر أنه لا يعترض معترض على هذا القياس بالفرق، ويقول: المقصود من الأضحية اللحم، فلذلك لم

(١) التجريد(٣/ ١١٧٦).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٢/ ١٨٣)، و بدائع الصنائع كتاب الزكاة (٢/ ٣٣).

(٣) انظر الأم (٢/ ١٢)، وحلية العلماء(٣/ ٤٧).

(٤) المقصود بالتبيع: العِجْل المُدْرك، إلا أنه يتبع أمَّه بَعْد. لأنه يدرك إذا أثنى أي صار ثنيا، والتبيع من البقر يسمي تبيعاً حين يستكمل الحول، ولا يسمى تبيعاً قبل ذلك، فإذا استكمل عامين فهو جذع، فإذا استوفى ثلاثة أعوام فهو ثني، وحينئذ يُسن، والأنثى مُسِنّة، وهي التي تؤخذ في أربعين من البقر. ويقال للأنثى: تبيعة وللذكر تبيع. انظر: مختار الصحاح(١/ ٣١)، و البحر الرائق/ لابن نجيم (٢/ ٢٣١).

(٥) انظر: التجريد (٣/ ١١٧٦).

يختلف الذكر والأنثى، والمقصود بالزكاة المنفعة بالذر والنسل.

ثم أجاب القدوري عن هذا الفرق الذي افترضه بأن قال أن هذا الفرق يبطل بالتبيع في البقر ولأن ما جاز فيه الأنثى من الغنم جاز فيه الذكر بنفسه كالأضحية.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الأضحية معنى غير موجود في الزكاة وهو أن المقصود اللحم.



المسألة الرابعة: لا زكاة في الفصلان والحملان و العجاجيل[1].

وهو مذهب الحنفية[2]. وصورة المسألة: أن يكون له نصاب من الكبار فتتوالد كعددها، ثم تموت الأمهات، فيحول الحول وهي صغار.

المذهب الشافعي وأبو يوسف: يجوز في زكاة الفصلان والحملان و العجاجيل واحدة منها[3].

نص القدوري «ولأنه حق لله تعالى يتعلق بالنعم فاختص بدون السن،كالأضحية.

ولا يقال المعنى في الأضحية أنها لا تتعلق بالمعيب، وليس كذلك الزكاة لأنها تتعلق بالمعيب، فجاز أن تتعلق بالصغار.

وذلك لأن الأضحية لا يمنع فيها كل عيب وإنما يمنع فيها بعض العيوب وكذلك في الزكاة؛ لأن العُمْيَ لا زكاة فيها، ولأن الأضحية تتعلق عندهم بالصغير إذا ولدت الشاة بعد التعيين مع كون العيب مؤثرا في الأضحية»[4].

بيانه: قاس القدوري عدم الزكاة في الفصلان والحملان و العجاجيل على الأضحية والهدايا بجامع أن كليهما حق لله تعالى يتعلق بالنعم فاختص بدون السن.

ثم افترض القدوري اعتراضا بالفرق على قياسه فقال: لا يقال المعنى في الأضحية

(١) التجريد (٣/ ١١٧٩) و المقصود بالفصلان: بضم الفاء جمع فصيل، والفصيل ولد الناقة أو البقرة بعد فطامه وفَصْله عن أمه. انظر: مختار الصحاح (١/ ٢١١).

والحملان: بفتحتين جمع حمل ولد الضأن في سنته الأولى. انظر: مختار الصحاح للرازي (١/ ٦٥).

والعجاجيل: جمع عجول ولد البقر حين تضعه أمه إلى شهر. انظر: مختار الصحاح للرازي (١/ ١٧٥)، والبحر الرائق(٢/ ٢٣٤).

(٢) انظر: الجامع الصغير لأبي عبدالله لمحمد الشيباني عالم الكتب بيروت ١٤٠٦هـ الطبعة الأولى (١/ ١٢٥)، و المبسوط للسرخسي (٢/ ١٥٧-١٥٩).

(٣) انظر: مختصر المزني (١/ ٤٢).

(٤) انظر: التجريد (٣/ ١١٨١).

أنها لا تتعلق بالمعيب، وليس كذلك الزكاة لأنها تتعلق بالمعيب، فجاز أن تتعلق بالصغار.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في الزكاة مانع غير موجود في الأضحية وهو أنها تتعلق بالمعيب.

ثم رد القدوري على فرقه الذي افترضه بأن الأضحية لا يمنع فيها كل عيب وإنما يمنع فيها بعض العيوب وكذلك في الزكاة؛ لأن العُمْيَ لا زكاة فيها، ولأن الأضحية تتعلق عندهم بالصغير إذا ولدت الشاة بعد التعيين مع كون العيب مؤثرا في الأضحية[1].

(١) انظر: التجريد (٣/ ١١٨١).

المسألة الخامسة: لا زكاة في مال الصغير وا لمجنون[1].

مذهب الحنفية: لا زكاة في مال الصغير و المجنون[2]. المذهب الشافعي: تجب الزكاة في مالها[3].

نص القُدوري«ولأن مال الصبي لا يثبت فيه التبرع فلم تتعلق به الزكاة،كمال المكاتب. فإن قيل: المعنى فيه أنه ناقص الملك؛ لأنه لا يرث ولا يورث ولا تلزمه نفقة أقاربه، ولا يعتقون عليه.

قلنا: الصبي ناقص الملك كذلك بدلالة أنه لا يصح في ماله العتق والهبة»[4].

بيانه: قاس القُدوري مذهبهم بعدم جوازها على عدم الجواز في مال المُكاتِب[5]بجامع أن كلا منهما لا يثبت فيه التبرع فلم تتعلق به الزكاة.

ثم افترض القدوري اعتراضًا بالفرق على قياسه فقال: فإن قيل: المعنى فيه أنه ناقص الملك؛ لأنه لا يرث ولا يورث ولا تلزمه نفقة أقاربه، ولا يعتقون عليه، بخلاف الصبي فهو كامل الملك لأنه يرث ويورث.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الزكاة من مال الصغير مانع غير موجود في المكاتب وهو أن ملكه كامل.

---

(١) التجريد (٣/ ١٢١٣).

(٢) انظر: كتاب الآثار ليعقوب بن إبراهيم الأنصاري أبي يوسف (١/ ٩٢) دار الكتب العلمية بيروت ١٣٥٥هـ، والجامع الصغير للشيباني (١/ ١٢٥)، و بدائع الصنائع كتاب الزكاة (٢/ ٤).

(٣) انظر: الأم باب زكاة مال اليتيم (٢/ ٢٧-٣٠)، و حلية العلماء(٣/ ٨-٩).

(٤) انظر: التجريد(٣/ ١٢١٦).

(٥) المكاتب: من الكتابة: وهي من الكتاب وهو الفرض والحكم، والمُكاتِب: العبد يكاتب على نفسه بثمنه فإذا سعى وأداه عتق. انظر: اللسان(١/ ٧٠٠). وأما شرعاً: جمع مخصوص وهو الجمع بين حرية الرقيق في المال إلى حرية اليد في الحال.

انظر: البحر الرائق(٨/ ٤٥).

فالجواب أن الصبي ناقص الملك كذلك بدلالة أنه لا يصح في ماله العتق والهبة.

ويُجاب على القُدوري بعدم نقصان ملك الصبي؛ لأن ملكه تام إلا أنه ناقص الأهلية إلا فيما يجيزه الولي.



المطلب الرابع: في التطبيقات الفقهية في كتاب الصيام

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: إذا صام المسافر في رمضان عن فرض في ذمته من قضاء أو كفارة وقع عما نواه.
- المسألة الثانية: لا يُكره صوم يوم الشك تطوعاً ويُكره صومه عن رمضان.
- المسألة الثالثة: إذا لم يكن بالسماء علة من سحاب ولا مانع فشهد برؤية الهلال واحد من أهل المصر أو اثنان لم يقبل قولهما.
- المسألة الرابعة: إذا جامع الرجل امرأته في رمضان خطأً أو عمداً فعلى كل واحد منهما كفارة.
- المسألة الخامسة: لا يصح الاعتكاف إلا بصوم.



المسألة الأولى: إذا صام المسافر في رمضان عن فرض في ذمته من قضاء أو كفارة وقع عما نواه[1].

صورة المسألة: أنه إذا صام المسافر في رمضان عن فرض من رمضان سابق باقٍ في ذمته أو عن كفارة عليه – علما بأن لديه رخصة الفطر لرمضان الحالي – فما الحكم؟. كذلك إذا نوى المسافر بصومه في رمضان نفل فما الحكم أيضًا؟.

المذهب الحنفي: إذا صام المسافر في رمضان عن فرض في ذمته من قضاء أو كفارة، وقع عما نواه، وإذا تنفل بالصوم وقع عن الفرض في الرواية المشهورة، ورُوى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يقع عن النفل[2].

مذهب أبي يوسف ومحمد في جميع ذلك: أنه يقع عن الفرض[3].

المذهب الشافعي: لا يقع عن واحد منهما، ويكون مفطرا[4].

نص القدوري«قالوا: نوى في رمضان القضاء فلم يقع عنه،كالمقيم.

قلنا: المقيم تعيَّن عليه الصوم، فوقع عما عينه الله تعالى لا عما عينه. والمسافر لم يتعين عليه الصوم؛ لأنه رُخِّص له في تركه، فإذا نوى فرضا آخر فقد رخص»[5].

بيانه :قاس الشافعية مذهبهم على عدم وقوع صوم المقيم عما نواه بجامع أن كلا منهما نوى في رمضان القضاء فلم يقع عنه.

وأبطل القُدوري هذا القياس بالفرق فذكر أن المقيم تعيَّن عليه الصوم، فوقع عما

(١) التجريد (٣/ ١٤٥٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٨٤).

(٣) انظر: المبسوط للشيباني (٢/ ١٩٧).

(٤) انظر: المجموع(٦/ ٢٦٢، ٢٩٩، ٤٥٥).

(٥)انظر: التجريد (٣/ ١٤٥٤).

عينه الله تعالى لا عما عينه هو. أما المسافر فلم يتعين عليه الصوم؛ لأنه رُخِّص له في تركه، فإذا نوى فرضا آخر فقد رخص.

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في المقيم معنى غير موجود في المسافر وهو تَعيُّن الصوم عليه.

وقد يُجاب عن هذا القول بأن المسافر خُيِّر بين الإفطار أو الصيام عن الفرض ولم تُعط له الحرية لصيام نفل أو نذر أو غير ذلك مما في ذمته لحرمة الوقت.



المسألة الثانية: لا يُكره صوم يوم الشك تطوعاً ويُكره صومه عن رمضان[1].

وهو مذهب الحنفية[2]. ويكره صومه عند الشافعية إلا أن يوافق صوما كان يعتاده.[3]

نص القُدوري «قالوا: يوم مجاور لرمضان، فوجب أن يكون ممنوعا من صيامه،كالفطر.

قلنا: يوم الفطر كما كره صومه إذا وافق صياما كان يعتاده أو نذرا، كذلك إذا تنفل، وفي هذا اليوم لما لم يكره إذا وافق صياما كان يعتاده أو صيامه عن واجب كذلك إذا تنفل به»[4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على يوم عيد الفطر بجامع أن كليهما يوم مجاور لرمضان، فوجب أن يكون ممنوعا من صيامه.

ولم يأخذ القدوري بهذا القياس ففرق بأن يوم الفطر كما كره صومه إذا وافق صياما كان يعتاده أو نذرا، كذلك إذا تنفل، أما في هذا اليوم لما لم يكره إذا وافق صياما كان يعتاده أو صيامه عن واجب كذلك إذا تنفل به.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في يوم عيد الفطر معنى غير موجود في اليوم الشك وهو كراهة الصوم.

---

(١) التجريد (٣/ ١٤٥٧).

(٢) انظر: الجامع الصغير(١/ ١٣٧)، و المبسوط للسرخسي (٣/ ٦٣-٦٤).

(٣) انظر: حلية العلماء(٣/ ١٧٧-١٧٨)، المجموع (٦/ ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٤٦).

(٤) انظر: التجريد (٣/ ١٤٦١).

المسألة الثالثة: إذا لم يكن بالسماء علة من سحاب ولا مانع فشهد برؤية الهلال واحد من أهل المصر أو اثنان لم يقبل قولهما[(١)].

وهذا مذهب الحنفية فلا يؤخذ بقولهما حتى يشهد جماعة، قيل: من كل مسجد واحد أو اثنان، وقيل: خمسون رجلا، وكذلك في هلال شوال[(٢)].

وللشافعي في أحد قوليه: يُقبل قول الواحد. وفي القول الآخر: لا يثبت إلا بشاهدين[(٣)].

نص القُدوري«قالوا: شهادة على رؤية الهلال فلا يشترط فيها الاستفاضة أصله سائر الأحكام.

الجواب: أن سائر الأحكام لا تعلُّق لها بالغيم والصحو، فلا يختلف بها، وهذه الشهادة للصحو تأثير في الشك، فجاز أن يؤثر»[(٤)].

بيانه: قاس الشافعية قبول قول الواحد في رؤية هلال رمضان على قبولها في سائر الأحكام والجامع بينهما أنها شهادة على رؤية الهلال فلا يشترط فيها الاستفاضة - وهي الشيوع والانتشار- وفرق القُدوري بأن سائر الأحكام لا تعلُّق لها بالغيم والصحو، فلا يختلف بها، وهذه الشهادة للصحو لها تأثيرها في يوم الشك بأن يكون آخر يوم من شعبان أو أول رمضان، فجاز أن يؤثر في الحكم.

نوع الفرق: معارضة في الفرع: حيث وجد في رؤية هلال رمضان مانع غير موجود في سائر الأحكام وهو التعلق بالغيم والصحو.



---

(١) التجريد (٣/ ١٤٦٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٨٠).

(٣) انظر: الأم (٢/ ٩٤)، مختصر المزني (ص٥٦).

(٤) انظر: التجريد (٣/ ١٤٧٠).

المسألة الرابعة: إذا جامع الرجل امرأته في رمضان خطأ أو عمدا فعلى كل واحد منهما كفارة[1].

وذلك بحسب الحال على مذهب الحنفية[2]، والشافعي جعل الكفارة واحدة على الزوج[3].

نص القُدوري«قالوا: كفارة فيها صوم له بدل، فوجب أن يختص بها الزوج، ككفارة الظهار.

قلنا:..ثم المعنى إذا ظاهر أن المعصية التي تعلقت الكفارة بها وجدت منه خاصة، ثم شارك فيها فاختص بكفارتها، وفي مسألتنا المعصية التي أوجبت الكفارة اشتركا فيها، وهو هتك حرمة الشهر بالجماع»[4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على إخراج الزوج كفارة الظهار وليس على المرأة شيء، بجامع أن كلا منهما كفارة فيها صوم له بدل، فوجب أن يختص بها الزوج.

وأبطل القُدوري هذا القياس بالفرق فذكر أن المعنى في كفارة الظهار أنه إذا ظاهر فالمعصية التي تعلقت الكفارة بها وجدت منه خاصة، ثم شارك فيها فاختص بكفارتها، وفي مسألة الجماع في نهار رمضان أن المعصية التي أوجبت الكفارة اشتركا فيها، وهو هتك حرمة الشهر بالجماع.

---

(١) التجريد (٣/ ١٤٧٦).

(٢) أي إذا طاوعته عليها كفارة وإذا لم تطاوعه لا كفارة عليها. انظر: المبسوط للشيباني (٢/ ٢٠٥-٢٠٦) وفرق فيه بين العمد والخطأ، و المبسوط للسرخسي (٣/ ٧٢-٧٣)، وبدائع الصنائع(٢/ ٩٨).

(٣) هناك تفصيل في المسألة على من وجبت؟ فيه وجهان: أحدهما: توجب عليهما، على كل واحد مهما كفارة ويحملها الزوج.

الثاني: وجبت عليه وحده دونها. انظر: الأم (٢/ ١٠٠)، وحلية العلماء(٣/ ١٦٧).

(٤) انظر: التجريد (٣/ ١٤٨٤).

ولكن يمكن الجواب على قوله في المسألة بأنه لو أجبر الزوج زوجته على الجماع، ما ذنبها حتى تتحمل الكفارة؟.

نوع الفرق: معارضة في الأصل: حيث وجد في الظهار معنى غير موجود في الجماع وهو المشاركة بين الزوجين.



المسألة الخامسة: لا يصح الاعتكاف إلا بصوم[1].

مذهب الحنفية أنه لا يصح الاعتكاف إلا بصوم[2].

المذهب الشافعي: يصح بغير صوم، وهو بصوم أفضل، وأما إن نذر اعتكافًا بصوم ففيه خلاف: اختلف أصحابه فمنهم من قال: لابد أن يجمع بينهما، فإن اعتكف بغير صوم لم يجز.

ومنهم من قال: يجوز أن يأتي بالصوم على الانفراد، والاعتكاف على الانفراد، كما لو نذر الصوم و الصلاة. فعلى قول هذا القائل إن أفطر في الاعتكاف أعاد الصوم دون الاعتكاف.

ونص الشافعي أنه إذا أفطر استأنف، ولم يبين ما الذي استأنف[3].

نص القدوري« قالوا: عبادة يصح أن يفتتحها ليلاً، فلم يكن من شرطها الصوم كالحج والعمرة.

قلنا:...و المعنى فيما قاسوا عليه أن كل عبادة منها يجب جنسها بالشرع فلم تقف صحتها على انضمام عبادة أخرى إليها، ولما كان الاعتكاف لا يجب جنسه بالشرع وقف كونه قربة على انضمام عبادة مقصودة إليه»[4].

بيانه: قاس الشافعية صحة الاعتكاف بغير صوم على صحة الحج و العمرة بغير صوم بجامع أن كلاً منهما عبادة يصح أن يفتتحها ليلا، فلم يكن من شرطها الصوم.

---

(١) التجريد (٣/ ١٥٨٧).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٣/ ١١٥-١١٦)، و بدائع الصنائع(٢/ ١٠٩).

(٣) انظر: الأم كتاب الاعتكاف (٢/ ١٠٦- ١٠٧) و (٣/ ١١٥-١١٦)، والمجموع(٦/ ٤٧٧-٤٧٩)، مختصر المزني (ص٦٠).

(٤) انظر: التجريد(٣/ ١٥٩٣).

ونازع القدوري هذا القياس بالفرق، فذكر أن المعنى في الحج والعمرة أن كل عبادة منها يجب جنسها بالشرع فلم تقف صحتها على انضمام عبادة أخرى إليها، ولما كان الاعتكاف لا يجب جنسه بالشرع وقف كونه قربة على انضمام عبادة مقصودة إليه.

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في الحج والعمرة معنى غير موجود في الاعتكاف وهو وجوب جنسها بالشرع.

المطلب الخامس: في التطبيقات الفقهية في كتاب الحج

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: لا يجب الحج على الأعمى بنفسه.
- المسألة الثانية: الحج يسقط بالموت.
- المسألة الثالثة: يجوز حج الصرورة عن غيره ومن حج أولاً.
- المسألة الرابعة: العمرة سنة.
- المسألة الخامسة: القرآن أفضل من التمتع والإفراد.

المسألة الأولى: لا يجب الحج على الأعمى بنفسه[1].

المذهب الحنفي: لا يجب الحج على الأعمى بنفسه[2]- مطلقا إنما يجب في ماله إذا له مال -.

ورُوي عن أبي حنيفة: أنه يجب عليه إذا وجد قائدا، وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي[3].

نص القُدوي « قالوا :الأعمى لم يفقد أكثر من هداية الطريق فصار كالصحيح الضال. قلنا: الضال يباشر أداء المناسك بنفسه والاعمى لا يتمكن من مباشرة أدائها بنفسه،فصار كالزَّمن» [4].

بيان القياس : قاس الشافعية إلزام الأعمى الحج على إلزام الصحيح الضال الحج بجامع أن كلاً منهما لم يفقد أكثر من هداية الطريق.

ورد القُدوري هذا القياس بأن الضال يباشر أداء المناسك بنفسه، أما الأعمى لا يتمكن من مباشرة أدائها بنفسه.

نوع الفرق :معارضة في الأصل،حيث وجد في الضال معنى غير موجود في الأعمى وهو مباشرة أداء المناسك بنفسه.

(١) التجريد (٤/ ١٦٣٩).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٤/ ١٥٤)، و بدائع الصنائع(٢/ ١٢١).

(٣)انظر: ا بسوط للسرخسي(١٥٤/٤)، وبدائع الصنائع (١٢١/٢)، وا موع(٥٤/٧)، وا هذب لإبراهيم بن علـي الش ازي أ اسحاق دار الفكر ب وت (١٩٧/١).

(٤) انظر: التجريد (٤/ ١٦٤٠).

المسألة الثانية: الحج يسقط بالموت[1].

مذهب الحنفية أن الحج يسقط بالموت، وإن أوصى به لزم الورثة إخراجه من الثلث، وإن لم يوص به لم يلزمهم[2].

المذهب الشافعي: يجب عليهم إخراج حجةً من الميراث أوصى بها أو لم يوص[3].

نص القُدوري«لأن كل عبادة وجبت عليه قبل موته لا يلزم الغير أدؤها عنه بعد موته كالصلاة والصوم..... فإن قيل : المعنى في الصلاة : أن النيابة لا تصح فيها حال الحياة...قلنا : والنيابة في الحج بغير أمر المحجوج عنه لا تصح في حال الحياة،ولأن النيابة تصح في مال المكاتبة في حال الحياة، وإن كان يسقط بالموت عنهم. »[4]

بيان االقياس :استدل القدوري على مذهبهم بأنه كما تسقط الصلاة والصوم بالموت فكذلك الحج يسقط به بجامع أن كلاً منهما عبادة وجبت عليه قبل موته لا يلزم الغير أداؤها عنه بعد موته.

وافترض القدوري اعتراضًا على هذا القياس بالفرق فقال: أن المعنى في الصلاة أن النيابة لا تصح فيها حال الحياة. بخلاف الحجُ تصح النيابة عنه حال الحياة.

ثم أجاب عما افترضه بأن قال: النيابة في الحج بغير أمر المحجوج عنه لا تصح في حال الحياة، ولأن النيابة تصح في مال المكاتبة في حال الحياة وإن كان يسقط بالموت عنهم.

نوع الفرق:معارضة في الفرع،حيث وجد في الحج مانع غير موجود في الصلاة وهوصحة النيابة عنه في حال الحياة.



(١) التجريد (٤/ ١٦٤١).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٤/ ١٥٤)، و بدائع الصنائع(٢/ ٢٢١-٢٢٢).

(٣) انظر: الأم (٢/ ١١٤-١١٥)، المجموع للنووي (٧/ ٧٩).

(٤) انظر: التجريد (٤/ ١٦٤٢).

المسألة الثالثة: يجوز حج الصرورة عن غيره ومن حج أولاً[(١)].

مذهب الحنفية: يجوز حج الصرورة - وهو الذي لم يسبق له الحج - عن غيره ومن حج أولاً[(٢)].

المذهب الشافعي: من عليه فرض الحج أو نذر الحج لا يجوز حجه عن غيره.[(٣)]

نص القُدوري«قالوا : من طريق المعنى لم يحج عن نفسه،فلم يجز حجه عن غيره كالصبي. والمعنى في الصبي أنه لا يصح أن يؤدي حجاً واجباً عن نفسه فلم يؤد واجباً عن غيره والبالغ بخلافه.» [(٤)]

بيان القياس: قاس الشافعية عدم جواز حجه عن غيره على عدم جواز حج الصبي عن غيره بجامع أن كلاً منهما من طريق المعنى لم يحج عن نفسه فلم يجز حجه عن غيره.

وعارضه القدوري بالفرق فبيَّن أن المعنى في الصبي أنه لا يصح أن يؤدي حجا واجبا عن نفسه فلم يؤدِّ واجبًا عن غيره. أما البالغ بخلافه فإنه يصح أن يؤدي حجًا واجبًا عن نفسه فيؤدي عن غيره.

نوع الفرق : معارضة في الفرع،حيث وجد في البالغ مانع من إثبات حكم الصبي للبالغ وهو صحة أدائه حجاً واجباً عن نفسه.



---

(١) التجريد (٤/ ١٦٥٣).

(٢) جمهور الحنفية استحسنوا أن يكون قد حج عن نفسه. انظر: المبسوط للسرخسي (٤/ ١٥١)، و بدائع الصنائع(٢/ ٢١٣).

(٣) انظر: الأم (٢/ ١١٤، ١٢٣)، و المجموع (٧/ ٨٠).

(٤) انظر: التجريد (٤/ ١٦٦١).

المسألة الرابعة: العمرة سنة[1].

وهذا مذهب الحنفية[2]. أما الشافعي: فهي واجبة بوجود الزاد والراحلة كالحج.[3]

نص القُدوري «...نوع عبادة من شرطها الطواف فكان منها ماوجب بأصل الشرع كالحج.....ولأن المعنى في الحج أنه أدى بنية غيره: فكان فرضا، كالظهر والعصر، ولما جاز أن تُؤَدَّى العمرة بنية غيرها مع اتساع الوقت وعدم تعلقها بغير دليل دل على أنها ليست بواجبة.....

ولأن الحج عبادة بدنية تختص بوقت، فكان فيها ما هو واجب كالصوم والصلاة، ولما كانت العمرة عبادة شرعية بدنية يصح أداؤها في عموم الأوقات لم تكن واجبة كصلاة التطوع.»[4]

وبيانه: قاس الشافعية وجوب العمرة على وجوب الحج بجامع أن كلاً منهما نوع عبادة من شرطها الطواف، فكان منها ما وجب بأصل الشرع.

ورد القدوري هذا القياس بالفرق، فذكر أن المعنى في الحج أنه أدى بنية غيره: فكان فرضا، كالظهر والعصر، ولما جاز أن تُؤَدَّى العمرة بنية غيرها مع اتساع الوقت وعدم تعلقها بغير دليل دل على أنها ليست بواجبة.

نوع الفرق: معارضة في الفرع : حيث وجد في العمرة مانع غير موجود في الحج

---

(١) التجريد (٤/ ١٦٩٢).

(٢) اختلف فيها الحنفية فقال البعض واجبة كصدقة الفطر، وقال البعض سنة تطوع، ومنهم من أطلق اسم السنة. وهذا الإطلاق لا ينافي الوجوب. انظر: بدائع الصنائع(٢/ ٢٢٦)، وفتح القدير لكمال الدين محمد السيواسي(٣/ ١٣٩)، و مجمع الأنهر(١/ ٣٨٣).

(٣) للشافعي قولان في القديم ليست بفرض. وفي الجديد فرض. وقال النووي في المجموع في الصحيح من المذهب أنها فرض. انظر: الأم (٢/ ١٣٢)، و المجموع (٧/ ٣، ٤، ٧).

(٤) انظر: التجريد (٤/ ١٧٠٢).

وهو جواز أدائها بنية غيرها.

وهناك فرق آخر ذكره القُدوري وهو: أن الحج عبادة بدنية تختص بوقت، فكان فيها ما هو واجب كالصوم والصلاة، ولما كانت العمرة عبادة شرعية بدنية يصح أداؤها في عموم الأوقات لم تكن واجبة كصلاة التطوع

نوع الفرق : معارضة في الأصل،حيث وجد في الحج معنى لم يوجد في العمرة وهو أن الحج أدى بنية غيره كما أنه يختص بوقت محدد.



المسألة الخامسة: القران أفضل من التمتع والإفراد[1].

مذهب الحنفية: القران أفضل من التمتع والإفراد[2].

المذهب الشافعي: الإفراد والتمتع أفضل.[3]

نص القُدوري « قالوا : الدليل على أن دم التمتع دم جبران : أنه دم له بدل هو الصوم :فكان دم جبران،كالدم الواجب بالحلق والطيب.....والمعنى فيه :أنه تعلق سنة لايباح من غير عذر ودم القران بخلافه.» [4]

بيانه : قاس الشافعية أفضلية التمتع لأنه دم جبران على أفضلية الدم الواجب بالحلق و الطيب بجامع أن كلاً منهما دم له بدل هو الصوم.

رد القدوري هذا القياس بالفرق فذكر أن الدم الواجب بالحلق تعلُق سنة لا يباح من غير عذر، أما دم القران بخلافه يباح من غير عذر.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في دم القرآن معنى غير موجود في الدم الواجب وهو الإباحة.



(١) انظر: التجريد (٤/ ١٧٠٤).

(٢) اختلف فيه الحنفية ولكن ظاهر المذهب أن القران أفضل. انظر: المبسوط للسرخسي(٤/ ٢٥-٢٧)، و بدائع الصنائع (٢/ ١٧٤).

(٣) فيه أقوال منتشرة ولكن المنصوص للشافعي في عامة كتبه والمشهور أن الإفراد ثم التمتع ثم القران. انظر: المجموع(٧/ ١٢٠-١٣٠).

(٤) انظر: التجريد (٤/ ١٧٢٤).

المبحث الثاني

في التطبيقات الفقهية في كتاب التجريد في ربع المعاملات المالية

وفيه ستة وعشرون مطلباً : -

- المطلب الأول : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب البيوع.
- المطلب الثاني : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الرهن.
- المطلب الثالث : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب التفليس.
- المطلب الرابع : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الحَجر.
- المطلب الخامس : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الصُلح.
- المطلب السادس : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الحِوالة.
- المطلب السابع : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الشركة.
- المطلب الثامن : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الوكالة.
- المطلب التاسع : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الإقرار.
- المطلب العاشر : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب العارية.
- المطلب الحادي عشر : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الغصب.

- المطلب الثاني عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الشُفعة.
- المطلب الثالث عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب المضاربة.
- المطلب الرابع عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب العبد المأذون في التجارة
- المطلب الخامس عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب المساقاة.
- المطلب السادس عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الإجارة.
- المطلب السابع عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب إحياء الموات.
- المطلب الثامن عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الوقف.
- المطلب التاسع عشر: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الهِبة.
- المطلب العشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب اللُقطة.
- المطلب الواحد والعشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب اللقيط.
- المطلب الثاني والعشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الفرائض.
- المطلب الثالث والعشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الوصايا.
- المطلب الرابع والعشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الوديعة.
- المطلب الخامس والعشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب قسم الغنائم.
- المطلب السادس والعشرون: التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب قسم الصدقات.

* * * ** * * *

المطلب الأول: في التطبيقات الفقهية
في كتاب البيوع

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: ما يتم تحقيق البيع به.
- المسألة الثانية: حكم جعل البائع الخيار لنفسه.
- المسألة الثالثة: حكم فسخ أحد المتعاقدين البيع.
- المسألة الرابعة: السبب في فساد العقد عند وجود التفاضل.
- المسألة الخامسة: اعتبار التقابض عن بيع الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير.

المسألة الأولى: ما يتم تحقيق البيع[1] به[2].

مذهب الحنفية أنه إذا تبايعا تم البيع بالإيجاب والقبول، ولا خيار[3] لواحد منهما إلا أن يشترط الخيار أو يكون في المعقود عليه عيب أو وقع العقد على عين لم يرها[4].

المذهب الشافعي: خيار المجلس ثبت في كل عقد لازم يقصد به العوض.[5]

نص القدوري« قالوا عقد يقصد به تمليك المال، فلا يتم بالإيجاب والقبول كالهبة.....والمعنى فيها : أن العقد لا يتم بالتخاير بعد عقده، فلا يتم بالتراضي ابتداء، ولما كان البيع يتم بالتخاير بعد العقد تم بالتراضي على العقد، لأن الرضا في الوجهين موجود»[6].

وبيانه : قاس الشافعية عدم تمام البيع بالإيجاب والقبول واشتراط الخيار على عدم

---

(١) البيوع جمع البيع وهو لغة: من باع الشيء يبيعه بيعاً وهو: مبادلة المال بالمال، وقيل: البيع مطلق المبادلة سواء كانت في مال أو غيره. انظر: اللسان(٨/ ٢٣). أما شرعا: مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مخصوص. انظر: البحر الرائق(٥/ ٢٧٧)، وقيل: مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكاً وتملكاً. انظر: التعريفات(ص٦٨).

(٢) التجريد(٥/ ٢٢٢٥).

(٣) الخيار لغة: هو اسم من الاختيار. أما شرعاً: هو طلب خير الأمرين إما إمضاء البيع أو فسخه. وهو ثلاث أنواع: أولا: خيار المجلس والأصل فيه قوله: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار، أي: بيعا شرط فيه الخيار فلم يلزم بالتفرق. ثانيا: خيار الشرط: وهو أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل. ثالثا: خيار العيب: وهو أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب. انظر: اللسان(٤/ ٢٦٧)، والبحر الرائق(٦/ ٢).

وهناك خياران آخران ذكرهما الجرجاني هو خيار التعيين وهو أن يشتري أحد الثوبين بعشرة على أن يعين أي شيء. وخيار الرؤية: وهو أن يشتري ما لم يره ويرده بخياره. انظر: التعريفات(ص١٣٧).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (ج٥/ ص٢٢٨).

(٥) انظر: الأم باب الخيار(ج٣/ ص٤-٥) وباب الخلاف فيما يجب به البيع (ج٣/ ص٦)، والمهذب للشيرازي (ج١/ ص٢٥٧).

(٦) انظر: التجريد(٥/ ٢٢٢٥).

تمام الهبة بالإيجاب والقبول واشتراط الخيار بجامع أن كلا منهما عقد يقصد به تمليك المال.

ولم يرتضِ القُدوري هذا القياس فأبطله بذكر الفرق: بأن الهبة عقد لا يتم بالتخاير بعد عقده، فلا يتم بالتراضي ابتداء، أما البيع لما كان يتم بالتخاير بعد العقد تم بالتراضي على العقد، لأن الرضا في الوجهين موجود.

ثم ذكر أن الهبة هي عقد شرعي، ولكنها أضعف من إيجاب المال في البيع بدلالة إيقاف الملك فيها على القبض فلم يجز اعتبار البيع بها.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في البيع مانع غير موجود في الهبة وهو أنه يتم بالتخاير.



المسألة الثانية: حكم جعل البائع الخيار لنفسه[1].

مذهب الحنفية: إذا شرط البائع الخيار لنفسه لم يزل ملكه عن المبيع[2].

المذهب الشافعي: للشافعي أقوال، أحدها: أن الملك موقوف مُرَاعَى. والثاني: أن ينتقل بالعقد وإسقاط الخيار والثالث: أنه ينتقل بنفس العقد[3].

نص القُدوري «قالوا: معاوضة تقتضي التمليك فانتقل الملك منها بالعقد كالنكاح قلنا:....ثم النكاح لا يقع غير باتّ ثم يصير باتًّا، فلم يقع غيرَ موجب للملك ثم يوجبه، والبيع بخلافه»[4].

بيانه: قاس الشافعية انتقال الملك بالعقد على انتقال الملك بعقد النكاح بجامع أن كلا منهما معاوضة تقتضي التمليك، فانتقل الملك منها بالعقد.

إلا أن القُدوري فرَّق فذكر أن النكاح لا يقع غير باتّ ثم يصير باتًّا، فلم يقع غيرَ موجب للملك ثم يوجبه، أما البيع بخلافه فإنه يقع غير موجب للملك ثم يوجبه.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في البيع مانع غير موجود في النكاح وهو وقوعه غير موجب للملك ثم يوجبه.



(١) التجريد (٥/ ٢٢٤٥).

(٢) والخيار إما أن يكون للبائع والمشتري جميعا، وإما أن يكون للبائع وحده، وإما أن يكون للمشتري وحده، وإما أن يكون لغيرهما بأن شرط أحدهما الخيار لثالث، فإن كان الخيار للبائع وحده فلا ينعقد البيع في حقه حتى لا يزول المبيع عن ملكه ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه، ويخرج الثمن عن ملك المشتري لأن البيع بات في حق المشتري. انظر: بدائع الصنائع(٥/ ٢٦٤-٢٦٥).

(٣) انظر: المهذب باب خيار المجلس (ج١/ ٢٥٩).

(٤) انظر: التجريد(٥/ ٢٢٤٧).

المسألة الثالثة : حكم فسخ أحد المتعاقدين البيع[١].

لم يجوزه أبو حنيفة إلا بمشهد من الآخر واتفق الحنفية أن الفسخ بخيار العيب لا يجوز بغير حضور البائع[٢].

وجوَّز الشافعي الفسخ بخيار الشرط والعيب وإن لم يحضر العاقد الآخر[٣].

نص القُدوري« قالوا:خيار فسخ البيع في مدة خياره فوجب ان يصح كما لو كان بحضور صاحبه. قلنا : إن كان حاضرًا أمكنه استدراك الحق من غيره؛ لأن المشتري إذا فسخ توصل البائع إلى المبيع، وإذا فسخ البائع لم يعتق المشتري، فيتصرف عقيب المدة، وإن كان غائباً لم يوجد هذا المعنى »[٤].

بيانه : قاس الشافعية صحة الفسخ وإن لم يحضر العاقد الآخر على صحة الفسخ إذا ما كان صاحبه حاضرًا، بجامع أن كلا منهما فسخ البيع في مدة خياره، فوجب أن يصح.

وأبطل القدوري هذا بالفرق بأن المعنى إن كان حاضرًا أمكنه استدراك الحق من غيره لأن المشتري إذا فسخ توصل البائع إلى المبيع، وإذا فسخ البائع لم يتضرر المشتري فيتوصل للثمن وإن كان غائباً لم يوجد هذا المعنى لأن البائع لن يتوصل للمبيع، والمشتري لن يتوصل للثمن.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الحاضر معنى غير موجود في الغائب وهو إمكانه استدراك الحق.



(١) التجريد(٥/ ٢٢٧٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٥/ ٢٧٣).

(٣) انظر: المهذب باب خيار المجلس(١/ ٢٥٩).

(٤) انظر: التجريد (٥/ ٢٢٧٧). و يمكن القول أن العلة في عدم جواز فسخ أحد المتعاقدين البيع بغير علم صاحبه أنه لو نفذ لتضرر به صاحبه، فلا يُنفَّذ دفعا للضرر عنه.

المسألة الرابعة: السبب في فساد العقد عند وجود التفاضل[1].

علله الحنفية: بوجود زيادة كيل في جنس المكيالات أو زيادة وزن في جنس الموزنات. هذا قول الشيخ أبو بكر الرازي[2].

وقد ذكر في بدائع الصنائع: أن العلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس، وهذا تعليل لكون النوع فيه ربا[3].

واختار غيره التقدير الشرعي مع الجنس فعلل الأشياء الستة[4] بعلة واحدة[5].

المذهب الشافعي في القديم[6]: مطعوم مكيل، أو مطعوم موزون.

وقال في الجديد[7]: العلة في الأشياء الأربعة: مطعوم جنس.

---

(١) التجريد(٥/ ٢٢٨٧).

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص أبو بكر باب الربا الشرعي(ج٢/ ص١٨٤).

وهو أحمد بن علي أبو بكر الرازي المعروف بالجصاص الإمام الكبير الحنفي، ولد سنة ٣١٥ هـ، انتقل إلى بغداد وأخذ عنه علماؤها، انتهت إليه رياسة الأصحاب في وقته، وكان ورعاً زاهداً، توفي في ذي الحجة سنة ٣٧٠هـ وكان عمره ٦٥سنة. انظر: طبقات الحنفية (ص ٨٤-٨٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع فصل: وأما شرائط الصحة (٥/ ١٨٣).

(٤) المقصود بالأشياء الستة هي الأصناف الواردة في الحديث وهي: الذهب والفضة والبر والتمر والملح والشعير.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٥ هـ الطبعة الأولى (ج٢/ ص٢٥)، و حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦٨).

(٦) المقصود بالقديم ما قاله الشافعي في العراق قبل انتقاله إلى مصر ومن أشهر رواته أحمد بن حنبل والزعفراني وأبو ثور ومن أشهر كتبه الحجة. انظر: المجموع (١/ ٩-١٠).

(٧) المقصود بالجديد ما قاله الشافعي في مصر، وأشهر رواته البويطي والمزني والمرادي وحرملة والخيري. ومن أشهر كتبه كتاب الأم. انظر: المجموع(١/ ١٠-١١).

وفي الذهب والفضة: جنس الأثمان وهو قيمة المتلفات(١).

نص القُدوري« قالوا : مادخل الربا في كثيره دخل في قليله،كالأثمان.....أن قليل البُّر إذا بلغ إلى حد لا يتأتى فيه الكيل سقط الربا فيه، فأما إذا كان قليل الذهب موزوناً فهو كقليل البر المكيل فيثبت فيه الربا » (٢)

بيانه :قاس الشافعية ثبوت الربا في قليل البر على ثبوت الربا في قليل الأثمان بجامع أن كلاً منهما دخل الربا في كثيرهما فدخل في قليلهما.

وفرَّق القدوري بين الأمرين بأن قليل البر إذا بلغ إلى حد لا يتأتى فيه الكيل سقط الربا فيه، فأما إذا كان قليل الذهب موزونًا فهو كقليل البر المكيل فيثبت فيه الربا.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الأثمان معنى غير موجود في البر وهو ثبوت الربا في القليل منه.



(١) انظر: الإقناع لمحمد الشربيني الخطيب دار الفكر بيروت ١٤١٥هـ (٢/ ٢٧٩)، و المهذب باب الربا (ج١/ ٢٧٠-٢٧١).

(٢) انظر: التجريد(٥/ ٢٣٠٥).

المسألة الخامسة: اعتبار التقابض عن بيع الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير[١].

مذهب الحنفية: إذا باع حنطةً بحنطة أو شعيراً بشعير بأعيانها ولم يعتبر التقابض فيها في المجلس، وجاز بشرط الخيار في العقد[٢].

واشترط الشافعي التقابض ولا يصح الخيار عنده[٣].

نص القُدوري« قالوا :ولأنها معاوضة لا تدخل في كل واحد من العوضين،فلم يجز التفرق قبل القبض كالأثمان....قلنا: ولأن المعنى في الأثمان أن العقد عليها اقتضى التقابض؛ لأن معنى الصرف: أن يصرف كل واحد منهما أكثر من الآخر ما هو من جهته، فلما اقتضى العقد التقابض وجب، وهذا لا يوجد في غيره من العقود ولهذه العلة لما اقتضى لفظ السَلَم[٤] تعجيل قبض أحد العوضين وجب، ثم لم يجب القبض إذا باع ثوبا بطعام مؤجل؛ لأن لفظ العقد مااقتضى القبض»[٥].

بيانه :قاس الشافعية عدم جواز التفرق قبل القبض في بيع الحنطة بالحنطة على عدم جواز التفرق قبل القبض في بيع الأثمان بجامع أن كلاً منهما معاوضة لا تدخل في كل واحد من العوضين.

وأبطله القُدوري بالفرق بأن المعنى في الأثمان أن العقد عليها اقتضى التقابض؛ لأن

---

(١) التجريد(٥/ ٢٣١٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع فصل: أما الشرائط فمنها قبض البدلين(٥/ ٢١٦- ٢١٩)، وشرح فتح القدير(٧/ ١٨).

(٣) انظر: الأم (٣/ ٧)، و المجموع(٩/ ١٨٠).

(٤) السلم لغةً: بفتحتين السلف. انظر: مختار الصحاح(ص١٣١). أما شرعاً: هو بيع عاجل بآجل مثل بيع الثمار على رؤوس الأشجار بثمن معجل. انظر: الدر المختار(٥/ ٢٠٩).

(٥) انظر: التجريد(٥/ ٢٣١٨- ٢٣١٩).

معنى الصرف: أن يصرف كل واحد منهما أكثر من الآخر ما هو من جهته، فلما اقتضى العقد التقابض وجب، وهذا لا يوجد في غيره من العقود (وهو هنا بيع الحنطة بالحنطة) ولهذه العلة لما اقتضى لفظ السَلَم تعجيل قبض أحد العوضين وجب، ثم لم يجب القبض إذا باع ثوبا بطعام مؤجل؛ لأن لفظ العقد لم يقتضِ القبض.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الأثمان معنى غير موجود في الحنطة وهو اقتضاء التقابض.

المطلب الثاني: في التطبيقات الفقهية في كتاب الرهن

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: ضمان الرهن.
- المسألة الثانية: رهن المشاع.
- المسألة الثالثة: استيفاء الراهن لمنافع الرهن.
- المسألة الرابعة: عتق الراهن العبد المرهون.
- المسألة الخامسة: رهن العبد الجاني أو المرتد.

المسألة الأولى: ضمان الرهن[1].

مذهب الحنفية فيه أنه إذا دفع إليه رهناً ليقرضه عشرة دراهم فالرهن مضمون، وإن هلك قبل القرض رد المرتهن على الراهن الأقل من عشرة ومن قيمة الرهن[2].

ومذهب الشافعي: الرهن أمانة في يد المرتهن إذا تلف لم يكن عليه ضمان، ولا يجوز عقد الرهن قبل وجوب الدين[3].

نص القُدوري « قالوا: عقد الرهن قبل ثبوت الحق، فوجب أن لا يصح،كما لو عقد على مشاع....قلنا: والمعنى في رهن المشاع: بأنه رهن غير مميز مما ليس برهن، فصار كرهن أحد العبدين، وفي مسألتنا الرهن متميز من غيره، فصح إيجابه قبل ثبوت الحق كالرهن المشروط في البيع »[4].

بيانه : قياس الشافعية أنه كما لا يصح عقد الرهن على مشاع كذلك لا يصح عقده قبل وجوب الدين بجامع أن كلا منهما عقد الرهن قبل ثبوت الحق، فوجب أن لا يصح.

وبيَّن القُدوري فرقًا في رهن المشاع: بأنه رهن غير مميز مما ليس برهن، فصار كرهن أحد العبدين بدون تحديد، وفي هذه المسألة الرهن متميز عن غيره، فصح إيجابه قبل ثبوت الحق كالرهن المشروط في البيع.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في وحوب الدين وضمانه معنى غير موجود في رهن المشاع وهو التميُّز عن غيره.



(١) التجريد(٦/ ٢٧٣٩). والرهن لغة: مطلق حبس الشيء بأي سبب كان وهو أيضا ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه. انظر: اللسان(١٣/ ١٨٨). أما شرعاً: حبس الشيء بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون، ويطلق على المرهون. انظر: الهداية شرح البداية لأبي الحسن علي بن أبي بكر المرغياني المكتبة الإسلامية (٤/ ١٢٦)، والتعريفات(ص/ ١٥٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ١٥٤-١٥٥)، والبحر الرائق(ج٨/ ٢٦٨-٢٦٩).

(٣) انظر: الأم كتاب الرهن، التعدي في الرهن(٣/ ١٦٧)، و المهذب(١/ ٣٠٥).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٧٤٣).

المسألة الثانية: رهن المشاع.

مذهب الحنفية: لا يصح رهن المشاع - وهو المنتشر ليس بمقسوم ولا معزول - من الشريك ولا من غيره، وإذا طرأت الإشاعة هل يبطل الرهن؟ فيه روايتان(١).

و أجاز الشافعي رهن المشاع(٢).

نص القُدوري«احتجوا :بأنه عين يجوز بيعها، فجاز رهنها كالمقسوم....والمعنى في المقسوم أن الرهن متميز مما ليس برهن، فصار رهنه كبيعه وفي المشاع الرهن غير متميز مما ليس برهن فلم يلزم الرهن فيه كثوب من ثوبين »(٣).

بيانه :قاس الشافعية جواز رهن المشاع على جواز رهن المقسوم - أي المفرق والمعزول - بجامع أن كل عين يجوز بيعها جاز رهنها.

وعند القُدوري أن المعنى في المقسوم أن الرهن متميز مما ليس برهن، فصار رهنه كبيعه وفي مسألة المشاع الرهن غير متميز مما ليس برهن فلم يلزم الرهن فيه كثوب من ثوبين(٤).

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في رهن المقسوم معنى غير موجود في المشاع وهو التميُّز عن غيره.



(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٣٩)، وملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن محمد المدعو شيخي زاده دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٩هـ الطبعة الأولى(١/ ٢٩١).

(٢) انظر: الأم(٣/ ١٩٠).

(٣) انظر: التجريد(٦/ ٢٧٥٢).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٧٥٢).

المسألة الثالثة: استيفاء الراهن لمنافع الرهن[1].

لا يجوز عند الحنفية للراهن استيفاء منافع الرهن إلا بإذن المرتهن ولا يجوز له إجارة الرهن[2].

وأباح الشافعي للراهن أن يسكن الدار، ويؤجرها، ويركب الدابة، ويعيرها، ويزرع الأرض ويحلب اللبن، ويجز الصوف، ولا يطأ الجارية ولا يلبس الثوب.

واختلف أصحابه في وطأ الجارية الصغيرة: فمنهم من قال: يجوز وطؤها ومنهم من منع وطأها[3].

نص القُدوري « قالوا: إنما حدث في ملكه فكان له، كغير الرهن....والمعنى فيما ليس برهن أنه لا يمتنع مالكه من الوطء، فلم يمنع من الخدمة ولما منع الراهن من الوطء الذي يملكه منع من الخدمة »[4].

بيانه : أباح الشافعية جواز استيفاء الراهن منافع الرهن قياسًا على جواز استيفاء الراهن منافع غير الرهن بجامع أنه حدث في ملكه فكان له.

وفرَّق القُدوري بينهما فذكر أن ما ليس برهن لا يمتنع مالكه من الوطء، فلم يمنع من الخدمة ولما منع الراهن من الوطء الذي يملكه منع من الخدمة.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في منافع الرهن مانع غير موجود في منافع غير الرهن وهو منع الوطء.



(١) التجريد(٦/ ٢٧٥٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع حكم الرهن(٦/ ١٤٦)، و تبيين الحقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي دار الكتب الإسلامي القاهرة ١٣١٣هـ (ج٥/ ١٣٢).

(٣) انظر: الأم(٣/ ١٥٥)، والمهذب(١/ ٢١١).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٧٦٢).

المسألة الرابعة: عتق الراهن العبد المرهون[١].

مذهب الحنفية: إذا عتق الراهن العبد المرهون نفذ عتقه وخرج من الرهن، فإن كان موسرًا ضمن قيمته وكانت رهنًا إن كان الدين مؤجلا وإن كان معسرًا يبقى العبد في قيمته[٢].

وعند الشافعية فيه ثلاثة أقوال: أحدهما: يُنفَّذ بكل حال، والثاني: لا ينفذ بكل حال، والثالث: يُنفَّذ إن كان موسرًا ولا يُنفَّذ إن كان معسرًا[٣].

نص القُدوري « احتجوا: بانه حق يبطل وثيقة المرتهن عن غير الرهن مع بقائه، فلا يصح أن ينفرد عتق الراهن كالبيع....ثم المعنى في البيع أن تَعَذُّر التسليم يمنع من انعقاد حق المرتهن لمنع التسليم، وليس كذلك العتق؛ لأن تعذر التسليم لا يمنع من وقوعه بدلالة العبد الآبق والمغصوب وحق المرتهن يمتنع التسليم »[٤].

بيانه : قاس الشافعية عدم صحة انفراد عتق الراهن على عدم صحة انفراد الراهن بالبيع بجامع أن كلا منهما حق يبطل وثيقة المرتهن عن غير الرهن مع بقائه.

وأبطل القُدوري هذا القياس بالفرق، فذكر أن تَعَذُّر التسليم يمنع من انعقاد حق المرتهن لمنع التسليم، وليس كذلك العتق؛ لأن تعذر التسليم لا يمنع من وقوعه بدلالة أن في العبد الآبق والمغصوب ينعقد حق المرتهن ويمتنع التسليم.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في عتق الراهن معنى غير موجود في بيع الراهن وهو انعقاد الحق.



(١) التجريد(٦/ ٢٧٧٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ١٧١)، والبحر الرائق(٨/ ٣٠٠).

(٣) انظر: الأم(٣/ ١٩٥-١٩٦) وجملة أقوال الحنفية والشافعية أنه ليس للراهن عتق الرهن لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة، فإن أعتق اختلفوا تبعًا للأقوال السابقة.

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٧٧٤).

المسألة الخامسة: رهن العبد الجاني أو المرتد[(١)].

صحَّح الحنفية رَهْن العبد الجاني أو المرتد[(٢)].

ورأى الشافعي أن رهن المرتد جائز، واختلفوا في الجاني فمن أصحابه من قال: في جناية العمد والخطأ قولان، ومنهم من قال: في العمد قولان، والخطأ على قول واحد[(٣)].

نص القُدوري « احتجوا :بأن العبد الجاني كالمستحق، بدلالة :أن المولى قَبِلَه فصار كالعبد المغصوب صادف غير مالكه.....قلنا: أن المغصوب صادف غير مالكه بغير إذنه، وفي مسألتنا الجاني فصادف الرهن مالكه، ويده ثابتة عليه، فجواز القتل بالقصاص كجوازه بالردة »[(٤)].

بيانه :علل الشافعيةجواز رهن الجاني بأنه مثل جواز رهن العبد المغصوب بجامع أن كلا منهما كالمستحق بدلالة أن المولى قَبِلَه.

و القُدوري فرَّق، فذكر أن المغصوب صادف غير مالكه بغير إذنه، أما الجاني فصادف الرهن مالكه، ويده ثابتة عليه، فجواز القتل بالقصاص كجوازه بالردة.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في الجاني مانع غير موجود في الغاصب وهو مصادفت الرهن مالكه.



(١) التجريد(٦/ ٢٧٩٢).

(٢) انظر: البحر الرائق (٨/ ٣٠٨).

(٣) نقل القدوري في التجريد أن أصحاب الشافعي اختلفوا في الجاني فمنهم من قال: في جناية العمد والخطأ قولان، ومنهم من قال في العمد قول واحد وفي الخطأ قولان. ولكن عند الرجوع للمصادر وجدت – القول الذي ذكرته في المسألة – فلعله قد وقف على كتاب لم يتيسر لي الوقوف عليه. وقد قال الشافعي في الأم « ويجوز رهن العبد المرتد، والقاتل، والمصيب للحد، لأن ذلك لا يزيل عنه الرق، فإذا قتل فقد خرج من الرهن). انظر: المسألة في الأم(٣/ ١٥٢)، و المهذب (١/ ٣٠٩).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٧٩٣).

المطلب الثالث: في التطبيقات الفقهية في كتاب التفليس

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: فسخ البيع بإفلاس المشتري بعد دفع السلعة إليه.
- المسألة الثانية: أمر المدين بقضاء الديون إذا ثبتت عند الحاكم.
- المسألة الثالثة: إقامة المدين البينة على إعساره أو تلف ماله.
- المسألة الرابعة: إقامة المدين البينة على الفلس بعد حبسه.
- المسألة الخامسة: إخراج المدين من الحبس بعد ثبوت إعساره.

المسألة الأولى: فسخ البيع بإفلاس[١] المشتري بعد دفع السلعة إليه[٢].

مذهب الحنفية: إذا دفع البائع السلعة إلى المشتري فأفلس المشتري فسخ البيع، وكذلك إذا مات المشتري مفلسا فالبائع وسائر الغرماء في السلعة سواء[٣].

المذهب الشافعي: إذا أفلس المشتري وسأل الغرماء الحاكم الحَجْر عليه حَجَر عليه، وكان للبائع بعد ذلك الخيار، إن شاء كان أسوة الغرماء وإن شاء فسخ البيع، وكان أولى بالمبيع، ولا خيار له قبل الفلس[٤].

نص القُدوري« قالوا : معاوضة يلحقها الفسخ،فوجب أن يكون للمعاوض خيار الفسخ بخراب ذمة من عليه الحق،كالكتابة.....قلنا : المعنى في عقد الكتابة أنه لم يسقط حقه من الرقبة فوزانه إذا لم يسلم البائع المبيع، وفي مسألتنا فأُسقِط حقه بالبيع فصار وزانه العتق على مال»[٥].

بيانه :قاس الشافعية ثبوت خيار الفسخ للبائع إذا أفلس المشتري على ثبوت خيار الفسخ إذا أفلس المُكاتب بجامع أن كلا منهما معاوضة يلحقها الفسخ، فوجب أن يكون للمعاوض خيار الفسخ بخراب ذمة من عليه الحق.

وهذا القياس عند القُدوري ممنوع لوجود الفرق بين المسألتين فالمعنى في عقد

---

(١) الإفلاس والتفليس: من باب تفعيل متعد، أي حكم عليه بالإفلاس، وهو مفلس، والمفلس في اللغة: هو الذي لا مال له ولا متاع يدفع به حاجته. انظر: اللسان(٦/ ١٦٥-١٦٦). والمفلس شرعاً: من كان دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله سموه مفلساً وإن كان ذا مال، لأن ماله مستحق الصرف من جهة دينه، فكأنه معدوم. انظر: المغني لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي دار الفكر بيروت ١٤٠٥هـ الطبعة الأولى (٤/ ٢٦٥).

(٢) التجريد(٦/ ٢٨٦٩).

(٣) انظر: البحر الرائق(٥/ ٣٠٣)، و حاشية ابن عابدين(٧/ ٣٠٤).

(٤) انظر: الأم(٣/ ١٩٩)، المهذب(١/ ٣٢٢).

(٥) انظر: التجريد(٦/ ٢٨٨٠).

الكتابة أنه لم يسقط حقه من الرقبة فوزانه إذا لم يسلم البائع المبيع، أما في هذه المسألة فأُسقِط حقه بالبيع فصار وزانه العتق على مال.

كما يمكن القول أن عقد الكتابة لا يكمل فيه الاستحقاق؛ لأن المولى لا يثبت له على عبده حق صحيح، ولا يثبت للعبد على مولاه، فإذا لم يكمل أحكام العقد صار كالبيع المشروط فيه الخيار، فأما البيع فقد كمل الاستحقاق فيه فصار كالعتق على مال.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في إفلاس المشتري معنى غير موجود في إفلاس المكاتب وهو إسقاط الحق.

المسألة الثانية: أَمْر المدين بقضاء الديون إذا ثبتت عند الحاكم[1].

مذهب الإمام أبي حنيفة: إذا ثبتت الديون عند الحاكم أُمر المديون بقضائها وحبسه ولا يحجر عليه ولا يبيع في الدين ما سوى الأثمان[2].

المذهب الشافعي: إذا ثبتت الديون وهي مثل ماله أو ماله أكثر وليس هناك إمارات الفلس أمره بقضاء ديونه، فإن فعل وإلا حبسه، فإن فعل وإلا باع عليه[3].

وإن كان له مال أقل من ديونه وطلب الغرماء الحجر حجر عليه وباع ماله لهم[4].

نص القدوري«قالوا: من بيع عليه دراهم بيعت عليه عروضه،كالميت....قلنا :الميت سقطت ولا يته بموته، فوُلِّي عليه في بيع ماله، والحي ولايته باقية وتصرفه جائز فلم تثبت الولاية. يبين الفرق بينهما أن غرماء الحي إذا لم يطلبوه بالحجر لم يبع القاضي ماله، والميت يبيع ماله من غير مطالبة ولو رضي غرماء الميت بتأخير ديونهم ملك القاضي البيع، فبان الفرق بينهما »[5].

بيانه:قاس الشافعية جواز بيع مال المفلس على جواز بيع مال الميت بجامع أن كل من بِيعَ عليه دراهم بيعت عليه عروضه.

وفرَّق القُدوري بأن الميت سقطت ولا يته بموته، فولى عليه في بيع ماله، والحي ولايته باقية وتصرفه جائز فلم تثبت الولاية.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الحي مانع غير موجود في الميت وهو

(١) التجريد(٦/ ٢٨٨٤).

(٢) انظر: الهداية شرح البداية للمرغياني(ج٣/ ٢٨٥)، وبدائع الصنائع (٧/ ١٦٩).

(٣) أي أن للقاضي أن يحبس المفلس الممتنع عن بيع أمواله لقضاء حقوق الغرماء، وإنما يحبسه ليجبره على هذا البيع فإن استجاب فبها، وإلا باع أمواله عليه، ويقضي من ثمن البيع ما عليه للغرماء.

(٤) انظر: الأم(٣/ ٢١٢)، و المهذب(١/ ٣٢٠).

(٥) انظر: التجريد(٦/ ٢٨٩١).

بقاء الولاية.

وهناك فرق آخر أيضا بينهما وهو: أن غرماء الحي إذا لم يطلبوه بالحجر لم يبع القاضي ماله، والميت يبيع ماله من غير مطالبة ولو رضي غرماء الميت بتأخير ديونهم ملك القاضي البيع، فبان الفرق بينهما.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الميت مانع غير موجود في الحي وهو بيع ماله من غير مطالبة.



المسألة الثالثة: إقامة المدين البينة على إعساره أو تلف ماله[1].

عند الحنفية أنه إذا أقام المديون البينة بالإعسار أو بتلف ماله قبل مضي مدة الحبس لم يُسمع منه في إحدى الروايتين وتُقبل منه البينة في الأخرى[2].

وهو قول الشافعي (قبول البينة)[3]. ولكنه شرط لقبول البينة شهادة عدلين من أهل الخبرة والمعرفة بحاله؛ لأن الهلاك يدركه كل أحد والإعسار لا يعلمه إلا من يخبر باطنه.

نص القدوري«احتجوا :بأن كل حق يثبت بالبينة وجب أن يكون سماعه قبل الحبس وبعده.أصله :إذا ادعى القضاء. قلنا : والمعنى في الشهادة بالقضاء.

فإن قيل : إذا شهدوا بتلف ماله ؛ فهذه شهادة إثبات. قلنا: قضاء الدين لا يختص بمال واحد،وهم يشهدون بتلف ماعرفوه من مال،ويجوز أن يكون هناك غيره،ولأنها شهادة بإثبات، فَقُبلت في جميع الأحوال وفي مسألتنا شهادة نفي، فتقبل تبعًا لغيرها ولا تقبل بنفسها كمابينا»[4].

بيانه:استدل الشافعية لقبول سماع البينة قبل الحبس وبعده بقبول سماعها إذا ما ادعى القضاء لأن كليهما حقٌ يثبت بالبينة فوجب أن يكون سماعه قبل الحبس وبعده.

وهذا قياس باطل عند القُدوري لأن المعنى في الشهادة بالقضاء أنها شهادة بإثبات،

---

(١) التجريد(٦/ ٢٨٩٢).

(٢) البينة على الإعسار بعد الحبس تقبل بالاتفاق، فيطالبه القاضي بعد ذلك أما الاختلاف إذا أقام البينة قبل الحبس. انظر: الهداية شرح البداية(٣/ ١٠٥، ٢٨٧)، والبحر الرائق(٦/ ٣١٢)، ومجمع الأنهر لشيخي زاده(٣/ ٢٢٦).

(٣) لم يذكر القدوري في كتابه التجريد شرط الشافعي لقبول البينة وقد ذكرته في المذهب الشافعي. انظر: الأم(٣/ ٢١٢)، والمهذب(١/ ٣٢٠).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٨٩٣- ٢٨٩٤).

فَقُبلت في جميع الأحوال وفي هذه المسألة شهادة نفي، فتقبل تبعًا لغيرها ولا تقبل بنفسها.

كما أن القُدوري لم يسلم أن الأعيان تثبت بالبينة حتى ينضم إليها الاختبار[1].

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في ادعاء القضاء معنى غير موجود في سماع البينة وهو أنها شهادة إثبات.

(١) انظر: المرجع السابق(٦/ ٢٨٩٣).

المسألة الرابعة: إقامة المدين البينة على الفلس بعد حبسه[1].

إذا حُبس المدين، ثم أقام بينة على الفلس لم يستحلف بأنه لا مال له. وهذا مذهب الحنفية[2].

وللشافعي مذهبان: الأول: يحلف إذا طلب الغرماء ذلك. والثاني: لا يحلف[3].

نص القُدوري «احتجوا :بأنه دعوى ما يجوز خفاؤه على الشاهدين،فوجب عرض اليمين إذا طالب المدعي،فيما إذا شهد عليه شاهدان بدين فادعى المشهود عليه القضاء أو الإبراء...الجواب أن هناك ادعى معنى لم ينفه الشهود، فلا بد من نفيه باليمين إذا ادعى، وفي مسألتنا: تنفي معنى قد نفاه الشهود فلا يجمع بين النفي والبينة والنفي باليمين، كما لو شهدوا على إثبات معنى لم يجز أن يستحلف على إثباته مع الشهادة

فإن قيل: الشهود ينفون المال في الظاهر،وقد يكون لإنسان مال يخفيه ويكتمه.قلنا: لا يجوز حمل أمر الشهود على أنهم رجعوا إلى ظاهر النفي،لأن هذا قد علمه القاضي، وإنما يحمل أمرهم على أنهم خبروا حاله بالمخالطة والمعاملة،فنفوا الباطن والظاهر» [4].

بيانه : قاس الشافعية وجوب عرض اليمين إذا طالب المدعي على وجوب عرض اليمين إذا ما شهد عليه شاهدان بدين فادعى المشهود عليه القضاء أو الإبراء بجامع أن كلا منهما دعوى ما يجوز خفاؤه على الشاهدين.

واعترض القُدوري بأن المشهود عليه بدين ادعى معنى لم ينفه الشهود، فلا بد من نفيه باليمين إذا ادعى، وفي مسألتنا: البينة تنفي معنى قد نفاه الشهود فلا يجمع بين النفي

(١) التجريد(٦/ ٢٨٩٥).

(٢) انظر: البحر الرائق(٦/ ٣١١-٣١٢).

(٣) انظر: الأم(٣/ ٢١٢)، المهذب(١/ ٣٢٠).

(٤)انظر: التجريد(٦/٢٨٩٦)

والبينة والنفي باليمين، كما لو شهدوا على إثبات معنى لم يجز أن يستحلف على إثباته مع الشهادة.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المشهود عليه بدين مانع غير موجود في مطالبة المدعي وهو أن البينة تنفي معنى قد نفاه الشهود.

ويُرَدّ على القُدوري بأنه يحلف لأن المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين، فجاز عرض اليمين فيه عند الطلب كما لو أقام عليه البينة بالدين وادعى أنه أبرأه منه.



المسألة الخامسة: إخراج المدين من الحبس بعد ثبوت إعساره[1].

مـذهب أبي حنيفـة: إذا ثبـت إعـساره أخرجـه مـن الحـبس، ولم يحـل بينـه وبـين الغرماء[2].

المذهب الشافعي: يحول بينه وبين الغرماء ولا يطالبوه إلى حين البيان[3].

نـص القُـدوري«..ولأنـه ديـن يجوز الملازمـة بـه قبـل حكـم الحـاكم بالفلس،فجـاز بعده.أصله : إذا ظهر له مـال...فـإن قيـل :المعنـى فـيما ذكـرتم أنـه يملـك المطالبـة فيملـك الملازمة، وفي مسألتنالا يملك المطالبة.

قلنا: لا نسلم لأن له مطالبة عندنا. وهل تثبت الملازمة إلا للمطالبة؟.

فإن قيل: المعنى فيه أنه يُثْبِت الحبس فجاز أن تثبت الملازمة، وفي مسألتنا بخلافه.

قلنا: أن إذا ثبت الحق فـإن القـاضي يـأمر بالملازمـة ولا يحبسه في الحـال حتـى يعلـم امتناعه. ولأن الحبس إذا كان له مال يتوصل به إلى إخراجه فكان في الحبس فائدة وكذلك في الملازمة»[4].

بيانه: قاس القُدوري جواز ملازمة المفلس بالمال بعد حكم الحاكم لـه بـالفلس عـلى جواز ملازمة المفلس إذا ما ظهر له مال بجـامع أن كـلا منهما ديـن يجـوز الملازمـة بـه قبـل حكم الحاكم بالفلس، فجاز بعده.

ثم افترض قادحًا بالفرق على قياسه فقال: فإن قيـل المعنـى فـيمن ظهـر لـه مـال أنـه يملك صـاحب الحـق المطالبـة بالمـال فيملـك الملازمـة، وفي المسألة هنـا لا يملـك المطالبـة

(١) التجريد(٦/ ٢٨٩٧).

(٢) انظر: الهداية شرح البداية(٣/ ١٠٥)، و البحر الرائق(٦/ ٣١٢).

(٣) انظر: الأم(٣/ ٢١٢).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٨٩٨).

للفلس فلا يملك الملازمة.

فيجيب: لا نسلم لأن له مطالبة عندنا. وهل تثبت الملازمة إلا للمطالبة؟.

ثم افترض قادحاً آخر بالفرق فقال: فإن قيل: بأن المعنى في من ظهر له مال أنه يُثْبِت الحبس فجاز أن تثبت الملازمة وفي المسألة هنا بخلافه لا يثبت الحبس فلا تثبت الملازمة.

فيجيب أيضًا أنه إذا ثبت الحق فإن القاضي يأمر بالملازمة ولا يحبسه في الحال حتى يعلم امتناعه. ولأن الحبس إذا كان له مال يتوصل به إلى إخراجه فكان في الحبس فائدة وكذلك في الملازمة. وإذا لم يكن له مال توصل بالملازمة إلى الأخذ من كسبه وفي الحبس لا يقدر على الاكتساب ولا يستفيد بالحبس فائدة.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في من ظهر له مال معنى غير موجود في المحكوم عليه بالفلس وهو ثبوت الحبس.



المطلب الرابع: في التطبيقات الفقهية في كتاب الحجر

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: البلوغ بالسن.
- المسألة الثانية: الوقت الذي يدفع فيه المال إلى الغلام.
- المسألة الثالثة: دفع المال لمن بلغ رشيداً.
- المسألة الرابعة: دفع المال إذا بلغ غير رشيد وتمت له خمس وعشرون سنة.
- المسألة الخامسة: أكل الوصي من مال اليتيم.



المسألة الأولى: البلوغ بالسن[1].

مذهب أبي حنيفة: مدة البلوغ بالسن في الغلام ثماني عشرة سنة، وفي الجارية سبع عشرة سنة[2].

وقال أبو يوسف ومحمد: في الغلام والجارية خمس عشرة سنة. و به قال الشافعي[3].

نص القُدوري« قالوا :يصح إيمانه ويلزم اعتقاده،ويعاقب على تركه ؛فوجب أن يكون بالغاً. أصله:من له تسع عشرة سنة.....قلنا:........والمعنى في الأصل: أنه فات وقت الاحتلام في العادة فانتقل الحكم عنه إلى غيره، وفي مسألتنا: لم يفت وقت الاحتلام في العادة فلم ينتقل الحكم عنه، وهذا اعتبار صحيح؛ لأن السن يقوم مقام الاحتلام فلا يتعلق به حكم مع توقت الأصل كالإبدال»[4].

بيانه: قاس الشافعية البلوغ من سن الخامسة عشرة على من له تسع عشرة سنة بأن كليهما يصح إيمانه ويلزم اعتقاده ويُعاقب على تركه، فوجب أن يكون بالغًا.

ومنع القُدوري هذا القياس بالفرق فذكر أن معنى (من له تسع عشرة سنة) أنه فات وقت الاحتلام في العادة فانتقل الحكم عنه إلى غيره، أما من له خمسة عشرة سنة لم يفت وقت الاحتلام في العادة فلم ينتقل الحكم عنه، وهذا اعتبار صحيح؛ لأن السن يقوم مقام الاحتلام فلا يتعلق به حكم مع توقت الأصل كالإبدال.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في من له تسع عشرة سنة معنى غير موجود في من له خمسة عشرة وهو فوات وقت الاحتلام.

(١) التجريد(٦/ ٢٩٠٣).

(٢) انظر: وبدائع الصنائع(٧/ ١٧٢)، و الهداية شرح البداية(٣/ ٢٨٤).

(٣) انظر: الحجة لمحمد بن الحسن الشيباني عالم الكتب بيروت ١٤٠٣ هـ ط ٢(٣/ ٧)، و الأم(٤/ ٢٦٠)، والمهذب(١/ ٣٣٠)، ومغني المحتاج للشربيني(٢/ ١٦٦).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٩١٤).

المسألة الثانية : الوقت الذي يُدفع فيه المال إلى الغلام[1].

مذهب الحنفية: إذا بلغ الغلام عاقلاً مصلحًا لماله فاسقًا؛ دفع إليه ماله[2].

المذهب الشافعي: إذا بلغ مصلحًا لدينه وماله غير مرتكب لمعصية تمنع شهادته دفع إليه ماله، وإن كان مرتكبًا لمعصية تقدح في شهادته لم يدفع إليه ماله[3].

نص القُدوري«ولأن من لزمته العبادات لا يمنع ملكه منه لدينه،كالكافر.

فإن قيل : الكافر تثبت له الولاية على ولده،والفاسق لا تثبت له الولاية على ولده. قلنا: تصرفه في ماله لا يُعتبر بولايته على غيره. ألا ترى :أن الفاسق يزوج نفسه عندهم ولا يزوج بنته؟ وعندنا يلي في مال نفسه ولا يلي في مال ولده؟ ولأنه نوع فسق؛ فلا يمنع من دَفْع ماله إليه كالكفر»[4].

بيانه: قاس القُدوري دفع المال لمن بلغ وإن كان فاسقا على الكافر بجامع أن من لزمته العبادات لا يمنع ملكه منه لدينه.

ثم افترض القُدوري قادحًا بالفرق فقال: إن قيل: الكافر تُثبت له الولاية على ولده والفاسق لا تثبت له الولاية على ولده.

أُجيب بأن تصرف الفاسق في ماله لا يُعتبر بولايته على غيره. ألا ترى أن الفاسق يزوج نفسه عندهم ولا يزوج بنته؟ وعندنا يلي في مال نفسه ولا يلي في مال ولده؟ ولأنه نوع فسق؛ فلا يمنع من دَفْع ماله إليه كالكفر[5].

---

(١) التجريد(٦/ ٢٩٢٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ١٧٠)، و الهداية شرح البداية(٣/ ٢٨٤)، و تبيين الحقائق للزيلعي الحنفي(٥/ ١٩٥).

(٣) انظر: الأم كتاب الرهن بلوغ الرشد(٣/ ٢١٥)، المهذب(١/ ٣٣١)، مختصر المزني(١/ ١٠٥).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٩٢٢).

(٥) انظر: التجريد(٦/ ٢٩٢٢).

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الكافر معنى غير موجود في الفاسق وهو ثبوت الولاية على الولد.

المسألة الثالثة: دفع المال لمن بلغ رشيداً[1].

مذهب أبي حنيفة: إذا بلغ غير رشيد جاز تصرفه في ماله ولا يُدفع إليه حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة[2].

المذهب الشافعي: لا يجوز تصرفه[3].

نص اقُدوري« قالوا: من لا يدفع إليه ماله لعدم رشده ؛ وجب أن لا يصح تصرفه كالمجنون،والصبي. قلنا: المجنون والصبي لا يقع طلاقهما،ولا يصح إقرارهما بالحدود والقصاص،فلم ينفذ تصرفهما،والبالغ العاقل بخلاف ذلك. » [4]

بيانه :قاس الشافعية عدم جواز تصرف من بلغ غير رشيد على المجنون والصبي؛ فَكلٌّ منهما لا يُدفع إليه ماله لعدم رشده، فوجب أن لا يصح تصرفه.

وفرَّق القُدوري بأن المجنون والصبي لا يقع طلاقهما ولا يصح إقرارهما بالحدود والقصاص، فلم ينفذ تصرفهما. والبالغ والعاقل بخلاف ذلك.

ويمكن الجواب على القُدوري بأن الصبي لا ينفذ تصرفه مطلقاً لأنه إذا أذن له الولي في اليسير نفذ تصرفه عند بعض العلماء[5].

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في البالغ مانع غير موجود في المجنون والصبي وهو وقوع الطلاق وصحة الإقرار.



(١) التجريد(٦/ ٢٩٢٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ١٧٠- ١٧١)، تبيين الحقائق(٥/ ١٩٥).

(٣) انظر: الأم(٣/ ٢١٥-٢١٦)، المهذب(١/ ٣٣٢)، مختصر المزني(١/ ١٠٥).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٩٢٦).

(٥) انظر: الإنصاف للمرداوي دار إحياء التراث بيروت تحقيق محمد الفقي كتاب الزكاة(٤/ ٢٦٨)، والمغني لابن قدامة كتاب البيوع(٤/ ١٦٨).

المسألة الرابعة: دفع المال إذا بلغ غير رشيد وتمت له خمس وعشرون سنة[1].

وهو مذهب أبي حنيفة[2]. وعند الشافعي أنه لا يدفع إليه ماله أبدا[3].

نص القُدوري«قالوا: لأنه غير مصلح للمال، فوجب أن يمنع ماله منه،كما قبل خمس وعشرين سنة. قلنا: ما قبل ذلك صلاحه مُنتظر، فكان في المنع فائدة لجواز أن يصلح، وبعد الخمس والعشرين لا ينتظر الصلاح في الغالب، فلم يكن في المنع إلا الحجر عليه، والحجر على العاقل البالغ لا يجوز؛ لأن من بلغ غير مأمون على نفسه ضمه الولي إليه فإذا كبر ضمه إلى نفسه كذلك المال مثله»[4].

بيانه:قاس الشافعية عدم دفع المال لمن بلغ غير رشيد وتمت له خمس وعشرون سنة على ما قبل خمس وعشرين سنة بجامع أن كلا منهما غير مصلح للمال فوجب أن يمنع ماله منه.

وأبطل القُدوري هذا بالفرق فذكر أن ما قبل خمس وعشرين صلاحه مُنتظر، فكان في المنع فائدة لجواز أن يصلح، أما بعد خمس وعشرين لا ينتظر الصلاح في الغالب، فلم يكن في المنع إلا الحجر عليه، والحجر على العاقل البالغ لا يجوز؛ لأن من بلغ غير مأمون على نفسه ضمه الولي إليه(أي وصايته) فإذا كبر ضمه إلى نفسه (أي تنتهي وصاية الوصي ويصبح البالغ مسئولاً عن نفسه) كذلك المال مثله[5].

والفرق بين هذه المسألة والتي تسبقها أن المسألة هذه خاصة لمن بلغ غير رشيد وعمره خمس وعشرون سنة، والسابقة لمن بلغ غير رشيد ولم يبلغ خمس وعشرون سنة.

(١) التجريد(٦/ ٢٩٢٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ١٧١)، والبحر الرائق(٨/ ٩١).

(٣) انظر: الأم(٣/ ٢١٦)، والمهذب باب الحجر(١/ ٣٣٢).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٩٢٨).

(٥) انظر: التجريد(٦/ ٢٩٢٨).

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في ما قبل خمس وعشرون معنى غير موجود في ما بعد خمس وعشرون وهو انتظار صلاحه.



المسألة الخامسة: أكل الوصي من مال اليتيم[1].

عند الحنفية: لا يجوز للوصي أن يأكل من مال اليتيم إلا بالقرض[2].

وفصَّل الشافعي: إن كان غنيًا لم يجز له وإن كان فقير وانشغل بحفظ مال اليتيم وانقطع عن الكسب لنفسه، كان له أن يأكل من مال اليتيم بقدر أجرة مثله قولاً واحدًا. وفيما أكل قولين: أحدهما لا ضمان عليه، وهو الأصح. والثاني: عليه ضمان يؤديه إلى اليتيم إذا ما وجد مال كالمضطر إلى طعام الغير[3].

نص القُدوري « قالوا: يلي في مال من لا يمكنه موافقته على الأجرة،فكان له منه قدر أجرته،كالعامل في الصدقات. قلنا: العامل لما لم يُمنع من أخذ الأجرة مع الغنَى لم يمنع مع الفقر، ولما كان الوصي لا يجوز له أخذ الأجرة مع الغنى كذلك مع الفقر»[4].

وقاس الشافعي جواز مذهبه على العامل في الصدقات بجامع أن كلا منهما يلي في مال من لا يمكنه موافقته على الأجرة، فكان له منه قدر أجرته.

واعترض القُدوري على هذا القياس بالفرق، فذكر أن العامل لما لم يُمنع من أخذ الأجرة مع الغنَى لم يمنع مع الفقر، ولما كان الوصي لا يجوز له أخذ الأجرة مع الغنى كذلك مع الفقر.

---

(١) التجريد(٦/ ٢٩٣٨).

(٢) إذا كان الوصي غنيا فلا خلاف في أنه لا يأكل من مال اليتيم، ولكن الخلاف واقع في الوصي الفقير هل له أن يأكل من مال اليتيم على سبيل الإباحة أو ليس له أن يأكل إلا قرضا؟

روي عن السيدة عائشة أنه يأكل عن سبيل الإباحة كذلك روي عن ابن عباس ولكن بالمعروف من غير إسراف.

وروي عن سيدنا عمر ورواية أخرى عن ابن عباس أنه يأكل قرضا فإذا أيسر قضى ذهب إلى هذا القول أبو يوسف. انظر: الآثار(١/ ١٧٣)، وبدائع الصنائع(٥/ ١٥٤).

(٣) انظر: التنبيه لإبراهيم بن علي الشيرازي عالم الكتب بيروت ١٤٠٣هـ ط ٢ تحقيق عماد الدين حيدر(١/ ١٠٣)، والمهذب(١/ ٣٣٠).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٩٤٠).

ويُجاب على القُدوري بأننا لو منعنا أجرة الوصي مع الفقر ما قَبِلَ أحد أن يكون وصيًّا على الأيتام، فتُعطل بذلك مصلحة عامة للمسلمين.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في العامل معنى غير موجود في الوصي وهو جواز أخذ الأجرة مع الغنى.



المطلب الخامس: في التطبيقات الفقهية في كتاب الصلح

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: الصلح مع الإقرار والسكوت والإنكار.
- المسألة الثانية: نقض ما شرع من أجنحة في طرق المسلمين.
- المسألة الثالثة: اختلاف صاحبي العلو و السفل في السقف.
- المسألة الرابعة: إجبار صاحب السفل على بناء سقف بينهما قد تهدم.
- المسألة الخامسة: إجبار أحد الشريكين على إصلاح الدولاب وكري النهر المشتركين.



المسألة الأولى: الصلح[1] مع الإقرار والسكوت و الإنكار[2].

جوَّز الحنفية الصلح مع الإقرار والسكوت والإنكار[3].

وذهب الشافعي إلى أنه إذا ادعى عينًا أو دينًا لم يصح الصلح إلا أن يقر بها المدعي عليه، فإن جاء أجنبي إلى المدعي فقال: المال الذي ادعيته على فلان هو مقر لك في الباطن، فصالحني منه فصالحه صح الصلح، أذن له المدعي عليه أولم يأذن.

ثم قال: إذا بنى رجل مسجدًا فادعى مُدَّعٍ أنه له فجحد الباني، فقال قوم من أهل المسجد: نحن نعلم أن الأرض لك وقد بناها مسجدا فصَالِحْنَا منها فصالحهم جاز[4].

وغاية مذهب الشافعي أنه يجوز إذا كان صلحاً عن إقرار فقط لا غير.

نص القُدوري«قالوا: صلح عن جحود أو صلح عن دعوى مجردة ؛فوجب أن لا يصح.أصله :إذا ادعى عليه أنه قذفه.قلنا:المعنى فيه: أنه لو كان عن إقرار لم يصح الصلح كذلك عن إنكار، وفي مسألتنا: فيجوز الصلح عن المدعي مع وجود الإقرار فجاز مع

---

(١) الصلح لغة: هو من المصالحة والمسالمة ضد المخاصمة والصلاح ضد الفساد، صلح يصلح ويصلح صلاحا. و الصلح: تصالح القوم بينهم. انظر: اللسان(٢/ ٥١٦-٥١٧). أما شرعا: عقد يرفع النزاع. انظر: تبيين الحقائق(٥/ ٣٠).

وهو ثلاثة أنواع: أولا: صلح عن إقرار المدعي عليه. ثانيا: صلح عن إنكاره. ثالثا: صلح عن سكوته من غير إقرار ولا إنكار. انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٤٠).

(٢) التجريد(٦/ ٢٩٤٥).

(٣) ذكر القدوري أن مذهب أصحاب أبي حنيفة عدم جواز الصلح في جميع الأنواع وعند الرجوع لكتب الحنفية وجدت جواز الصلح في جميع الأنواع إلا في مذهب محمد وأبي يوسف يجوز في النوعين الأولين فقط. انظر: الجامع الصغير(١/ ٤٢٠)، و الهداية شرح البداية(٣/ ١٩٢)، و بدائع الصنائع(٦/ ٤٠)، و البحر الرائق(٧/ ٢٥٦).

(٤) انظر: الأم (٣/ ٢٢١-٢٢٢)، والمهذب(١/ ٣٣٣).

إنكار المدعي عليه كصلح الأجنبي»[1]

بيانه: استدل الشافعية على عدم صحة المصالحة بدون إقرار على عدم صحة إذا ما ادعى عليه أنه قذفه بدون إقرار بجامع أن كلا منهما صلح عن جحود أو صلح عن دعوى مجردة، فوجب أن لا يصح.

وعارضه القُدوري بذكر الفرق بأن المعنى فيمن ادعى عليه أنه قذفه أنه لو كان عن إقرار لم يصح الصلح كذلك عن إنكار، أما في هذه المسألة فيجوز الصلح عن المدعي مع وجود الإقرار فجاز مع إنكار المدعي عليه كصلح الأجنبي.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المصالحة بدون إقرار مانع غير موجود في من ادعى أنه قذفه بدون إقرار وهو جواز الصلح عن المدعى مع وجود الإقرار.

(١) انظر: التجريد(٦/ ٢٩٥٤).

المسألة الثانية: نقض ما شرع من أجنحة في طرق المسلمين[1].

مذهب أبي حنيفة: إذا أشرع جناحا – وهو جزء من الدار مائل إلى الخارج متعلق بالهواء لا مكان له ولا تمكن – إلى طريق المسلمين فلكل واحد منهم مَنْعِهِ من إحداث هذا الجناح، وإن أحدثه فلهم المطالبة بنقضه – أي هدمه –[2].

والمذهب الشافعي: إذا كان لا يضر بالطريق بأن كان عاليًا تجتاز تحته الجمال بأحمالها، ولا يتعلق بالجناح شيء من الأحمال لم يكن لأحد قلعه[3].

نص القُدوري«قالوا: أخرج جناحاً، يجوز له إخراجه،فلا يجوز قلعه بغير إذنه كما لو أخرج روشناًإلى ملك نفسه. قلنا :...ولأنه إذا أشرع في ملك نفسه لم يقتطع حقا لغيره فلم يُعترض عليه، وفي مسألتنا: قد اقتطع حقا لغيره فجاز أن يُمنع منه»[4].

بيانه :جوَّز الشافعية إخراج الجناح إذا لم يضر بالطريق على جواز إخراج الروشان – وهي نافذة من الخشب مائلة قليلاً إلى الخارج وكانت تسمى قديمًا مشربية – إلى ملك نفسه بجامع أن كلا منهما أخرج جناحا يجوز له إخراجه فلا يجوز قلعه بغير إذنه.

اعترض القدوري على هذا القياس بالفرق فذكر أن إخراجه روشانا قد أشرع في ملك نفسه لم يقتطع حقا لغيره فلم يُعترض عليه، أما في من أخرج جناحا فقد اقتطع حقا لغيره فجاز أن يُمنع منه.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في إخراج الجناح مانع غير موجود في إخراج الروشان وهو اقتطاع حق غيره.



(١) التجريد(٦/ ٢٩٥٨).

(٢) عند ذكر المسألة لابد من التفصيل فإن كان الطريق نافذا فلا يصح الصلح، أما إن كان غير نافذ ففيه وقع الخلاف بين العلماء على ما ذُكر في المسألة. انظر: المبسوط للسرخسي(٢٠/ ١٤٤- ١٤٥)، و الهداية شرح البداية (٣/ ١٩٥).

(٣) انظر: الأم(٣/ ٢٢١-٢٢٢)، المهذب(١/ ٣٣٤).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٩٦١).

المسألة الثالثة: اختلاف صاحبي العلو والسفل في السقف[1].

مذهب الحنفية: إذا اختلف صاحب العلو- أي الدور العلوي – وصاحب السفل – أي الدور السفلي – في السقف فهو لصاحب السفل.[2]

المذهب الشافعي: هو بينهما[3].

نص القُدوري«احتجوا: بأنه حاجز بين ملكيهما غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان، فوجب أن يكون في أيديهما، أصله : الحائط بين الدارين. قلنا:... ولأن الحائط بين الدارين ليس بمبنيٍّ على ملك أحدهما، وفي مسألتنا : الجذوع محمولة على بناء أحدهما، فوزان السقف من الحائط أن يكون مبنيا في عرصة أحدهما، فصاحب العرصة أولى به وإن حجز بين ملكيهما ووزان الحائط في مسألتنا أن يكون حيطان السقف بينهما»[4].

بيانه: قاس الشافعية المسألة على كون تكلفة بناء حائط بين الدارين على صاحبي الدارين فهنا أيضا تكون تكلفة بناء السقف على صاحبي العلو والسفل بجامع أن كلا منهما حاجز بين ملكيهما غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فوجب أن يكون في أيديهما.

وناقش القُدوري هذا القياس بالفرق فبيَّن أن الحائط بين الدارين ليس بمبنيٍّ على ملك أحدهما، أما السقف أو الجذوع فمحمولة على بناء أحدهما، فوزان السقف من الحائط أن يكون مبنيا في عرصة – وهي بقعة من الأرض واسعة لا بناء فيها – أحدهما، فصاحب العرصة أولى به وإن حجز بين ملكيهما ووزان الحائط في المسألة هنا أن يكون حيطان السقف بينهما.

---

(١) التجريد(٦/ ٢٩٦٩).

(٢) انظر: البحر الرائق(٧/ ٣٠).

(٣) انظر: الأم(٣/ ٢٢٦)، المهذب(١/ ٣٣٧).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٩٧٠).

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في بناء حائط بين دارين مانع غير موجود في السقف وهو الحمل على بناء أحدهما.



المسألة الرابعة: إجبار صاحب السفل على بناء سقف بينهما قد تهدم[1].

يرى الحنفية أنه إذا كان السفل لواحد والعلو لآخر فانهدم السقف، لم يجبر صاحب السفل على البناء فإن بنا صاحب العلو كان له ذلك، ويُمنع صاحب السفل من الانتفاع حتى يرد عليه النفقة في إحدى الروايتين، أو قيمة ما عمل في الرواية الأخرى[2].

والمذهب الشافعي: يُجبر صاحب السفل على البناء إذا كان هدمه على أن يبنيه أو هدمه بغير علة، أما إذا تهدم بغير علة بأن سقط السقف فلا يُجبر.

وإن أراد صاحب العلو أن يبني لم يكن لصاحب السفل منعه، فإن بنى الحيطان بآلتها فهي لصاحب السفل فله الانتفاع بها، وإن بناها بآلة جددها فالحيطان له، وليس له منع صاحب السفل من السكنى، وله أن يمنعه من الانتفاع بالحائط، ولا يجوز أن يوتد فيه وتدا، فإن اختار صاحب العلو أن يهدمه كان له ذلك[3].

نص القدوري« احتجوا: بأنه ملك لو انفرد به لم يجبر على الإنفاق،فإذا لم ينفرد به لم يجبر،كأرض بين شريكين أراد أحدهما بناؤها أوزرعها فامتنع الآخر.الجواب: أن هناك يمكن التخلص من ضرر الشركة بالقسمة، فلا يحتاج إلى الإنفاق في ملك غيره، وفي مسألتنا: لا يتمكن من التخلص من الضرر، فلذلك صار ما ينفقه دينًا على شريكه»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم إجبار صاحب السفل على بناء السقف إذا تهدم على عدم إجبار أحد الشريكين الآخر ببناء الأرض إذا أراد أحدهما بناءها أو زرعها فامتنع الآخر بجامع أن كلا منهما ملك لو انفرد به لم يجبر على الإنفاق فإذا لم ينفرد به لم يجبر.

واعترض القُدوري فذكر أنه يمكن التخلص من ضرر الشركة بالقسمة، فلا يحتاج

(١) التجريد(٦/ ٢٩٧٢).

(٢) انظر: البحر الرائق(٧/ ٣٠).

(٣) لم يذكر القدوري التقسيم في بناء السقف إذا هدم وقد ذكرته في المذهب الشافعي في المسألة. انظر: الأم (٣/ ٢٢٦)، المهذب (١/ ٣٣٧).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٩٧٣).

إلى الإنفاق في ملك غيره، أما في هذه المسألة فلا يتمكن من التخلص من الضرر، فلذلك صار ما ينفقه دينًا على شريكه.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الشريكين في الأرض معنى غير موجود في السقف وهو إمكان التخلص من الضرر.



المسألة الخامسة: إجبار أحد الشريكين على إصلاح الدولاب وكري النهر المشتركين[1].

مذهب الحنفية: في الدولاب المشترك والنهر المشترك إذا امتنع أحد الشريكين من كري - أي حفر - النهر وإصلاح الدولاب أُجبر عليه، فإن أنفق الشريك كان ذلك دينًا على شريكه يأخذه منه[2].

وللشافعي في قوله القديم: يجبر. وفي قوله الجديد: لا يجبر[3].

نص القُدوري«احتجوا: بأنه ملك لوانفرد به لم يجبر على الإنفاق عليه كذلك إذا كان مشتركاً، كما لو طلب زراعة الأرض، أو إذا اقتسما الدار المشتركة فطالب أحدهما ببناء حاجز بينهما.قلنا:....و المعني في الأصل: أنه يمكن التخلص من الضرر بغير الإنفاق، لأن الأرض تنقسم فيزرع المطالب في حق نفسه فيبني المطالب لبناء حاجز حائطا في نصيبه. وأما النهر فلا يمكن التخلص من الضرر بغير إنفاق لأن قسمته لا تجوز»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم إجبار أحد الشريكين على إصلاح الدولاب وكري النهر المشتركين على ما لو طلب أحدهما من الآخر زراعة الأرض أو إذا اقتسما الدار المشتركة فطالب أحدهما ببناء حاجز بينهما بجامع أن كلا منهما ملك لو انفرد به لم يجبر على الإنفاق عليه كذلك إذا كان مشتركًا.

---

(١) التجريد(٦/ ٢٩٧٤).

(٢) انظر: البحر الرائق(٧/ ٣٤).

(٣) انظر: الأم (٣/ ٢٢٦)، والمهذب(١/ ٣٣٦).

(٤) التجريد(٦/ ٢٩٧٥).

قدح القُدوري هذا القياس بالفرق فذكر أن المعنى في الأصل بالنسبة للأرض والدار أنه يمكن التخلص من الضرر بغير الإنفاق، لأن الأرض تنقسم فيزرع المطالب في حق نفسه فيبني المطالب لبناء حاجز حائطا في نصيبه. وأما في النهر فلا يمكن التخلص من الضرر بغير إنفاق لأن قسمته لا تجوز.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في زراعة الأرض معنى غير موجود في إصلاح الدولاب وكري النهر وهو إمكان التخلص من الضرر.

المطلب السادس: في التطبيقات الفقهية في كتاب الحوالة

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: يشترط رضا المُحال عليه في صحة الحوالة.
- المسألة الثانية: رجوع المُحال بدينه على المَحيل إذا هلك المال على المُحال عليه.
- المسألة الثالثة: يشترط رضا المكفول له لصحة الضمان.
- المسألة الرابعة: الضمان بالمجهول.
- المسألة الخامسة: شرط الخيار في الكفالة.



المسألة الأولى: يشترط رضا المُحال عليه في صحة الحوالة[1].

مذهب الحنفية أن رضا المُحال عليه شرط في صحة الحوالة، وهذا ظاهر الأصل والمختصرات[2].

ومذهب الشافعي أنه إذا كان على المُحال عليه دين للمُحال فرضاه ليس بشرط[3].

نص القُدوري «قالوا: لصاحب الحق أن يستوفي حقه بنفسه،وله أن يستوفيه بغيره كالوكيل،كذلك ههنا جاز أن يستوفيه بنفسه وبالمحتال. قلنا: إذا وكَّل فحقُّ القبض ثابت له، فالذي عليه الدين بالخيار إن شاء سلم الحق إلى الموكل، وإن شاء إلى الوكيل، فلم يتعين موجب المطالبة التي اقتضتها المداينة إلا باختيار من عليه الدين، أو يسلم إلى الوكيل.

أما في الحوالة: فإن مقتضى المداينة مُعتبر بنقل الملك في الدين إلى المحتال، وتَثبُت المطالبة له خاصة، وقد يكون أصعب استيفاءً من صاحب الحق، فيستضر المدين وهذا لا يجوز»[4].

---

(١) التجريد(٦/ ٢٩٨١). والحوالة لغة: مشتقة من التحول بمعنى الانتقال. والحوالة: هي إحالة الغريم. انظر: اللسان(١١/ ١٩٠)، و(١١/ ١٩٥). أما شرعا: نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه (المحتال عليه).

مفتاح: المديون محيل، والدائن: محتال – محتال له – محال – محال له، من يقبل الحوالة محتال عليه – ومحال عليه. انظر: الدر المختار (٥/ ٣٤٠-٣٤١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ١٦)، و البحر الرائق(٦/ ٢٧١).

(٣) الإمام الشافعي فصل في هذه المسألة فذكر أنه إذا كان المحال عليه ممن لا حق (دين) عليه للمحال لم تجز إلا برضاه فهو شرط، وإن كان ممن للمحال حق عليه ففيه وجهان: الأول لأبي إسحاق الإسفراييني أنه لا يجوز إلا برضاه. الثاني وعليه المذهب: أنه يجوز لأنه تفويض قبض فلا يعتبر فيه الرضا. انظر: المهذب(١/ ٣٣٨)، والإقناع للشربيني (٢/ ٣١٠).

(٤) التجريد(٦/ ٢٩٨٢).

بيانه: قاس الشافعية مذهبه في صحة الحوالة بدون الرضا على صحة الحوالة على الوكيل والجامع أنهما صاحبا حق فجاز أن يستوفيا حقهما بنفسهما ولهما أن يستوفياه بغيره أو بِالمُحتال.

غير أن القُدوري اعترض على هذا القياس بالفرق فذكر أنه في الوكالة إذا وكَّل فحقُّ القبض ثابت له، فالذي عليه الدين بالخيار إن شاء سلم الحق إلى الموكل، وإن شاء إلى الوكيل، فلم يتعين موجب المطالبة التي اقتضتها المداينة إلا باختيار من عليه الدين، أو يسلم إلى الوكيل.

أما في الحوالة فإن مقتضى المداينة مُعتبر بنقل الملك في الدين إلى المحتال، وتَثبُت المطالبة له خاصة، وقد يكون أصعب استيفاءً من صاحب الحق، فيستضر المدين وهذا لا يجوز.

وهذا الكلام من القُدوري قد يكون فيه لَبْس؛ لأن الشافعية يشترطون قبول المحتال، فإذا قبل أن يقضي له دينه من شخصٍ صَعْبِ السداد أو عاطلٍ فهو وشأنه[1].

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الحوالة بدون رضا مانع غير موجود في الحوالة على الوكيل وهو ثبوت المطالبة للمحتال خاصة.



(١) انظر: انظر: المهذب(١/ ٣٣٨)، والإقناع للشربيني (٢/ ٣١٠).

المسألة الثانية: رجوع المُحال بدينه على المَحيل إذا هلك المال على المُحال عليه[1].

مذهب الحنفية: إذا توى الدين – أي هلك – على المحال عليه رجع المحتال بدينه على المحيل[2]- أي رجع الدائن إلى المديون لأخذ ماله –.

ومذهب الشافعي: لا يرجع، وإن أحال المديون الدائن علي المحال عليه بشرط الملاءة – أي الغنى – فبان أنه غير ملئ، ففيه وجهان أحدهما: يرجع الدائن على المديون لأخذ دينه. والثاني: لا يرجع[3].

نص القُدوري«قالوا : سبب يسقط المطالبة بالدين وبدله عن مليء مكلف فوجب أن لا يرجع به بعد ذلك،كما لو أخذ بالدين عبداً وقبضه...قالوا فأصله :البراءة. قلنا: يعود الدين برد البراءة إذا قبلها.قلنا: المعنى فيه: أنه إذا اسقط حقه من غير ابتغاء عوض، فإذا تم الإسقاط ولا حق لغيره فيه لم يعد الدين.

وفي مسألتنا: فأسقط حقه بعوض ابتغاه، فإذا لم يسلم له رجع الدين كما لو أخذ به عينًا فلم يسلم له»[4].

بيانه:قاس الشافعية عدم الرجوع بالدين إذا هلك على عدم الرجوع بالدين في البراءة فكلٌّ منهما سبب يُسقط المطالبة بالدين، وببدله عن مليء مكلف وجب أن لا يرجع به بعد ذلك.

ثم اعترض عليه القُدوري بقوله: " يعود الدين برد البراءة"

ثم افترض القُدوري قياسًا للشافعي بأن قال: نقيس على البراءة إذا قَبلها.

---

(١) التجريد(٦/ ٢٩٨٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ١٧)، والبحر الرائق(٦/ ٢٧٢).

(٣) انظر: الأم(٣/ ٢٢٨- ٢٢٩)، والمهذب(١/ ٣٣٩).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٢٩٨٨).

فاعترض القدوري على القياس الذي زعمه فقال: المعنى في البَراءة أنه إذا اسقط حقه من غير ابتغاء عوض، فإذا تم الإسقاط ولا حق لغيره فيه لم يعد الدين.

أما في الحوالة فأسقط حقه بعوض ابتغاه، فإذا لم يسلم له رجع الدين كما لو أخذ به عينًا فلم يسلم له.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الحوالة مانع غير موجود في البراءة وهو إسقاط الحق بعوض مبتغى.



المسألة الثالثة: يشترط رضا المكفول له لصحة الضمان[1].

لا يصح عند الحنفية الضمان إلا برضا المكفول له[2].

ولا يعتبر الشافعية في الكفالة رضا المضمون له ولا المضمون عنه[3].

نص القُدوري«قالوا: وثيقة تؤمن سقوط الحق بنقله،فوجب أن لا يعتبر في ثبوتها رضا من له الحق كالشهادة.قلنا:....و المعنى في الشهادة: أن رضا الشاهد لا يُعتبر في لزومها له، فلم يُعتبر رضا الشهود، وفي الضمان يُعتبر رضا الضامن في لزومه، فجاز أن يعتبر رضا المضمون له»[4].

بيانه :قاس الشافعية عدم الرضا في الكفالة على الشهادة بجامع أن كلا منهما وثيقة تؤمن سقوط الحق بنقله، فوجب أن لا يُعتبر في ثبوتها رضا من له حق.

وتفريق القُدوري بين المسألتين بأن المعنى في الشهادة أن رضا الشاهد لا يُعتبر في لزومها له، فلم يُعتبر رضا الشهود، أما في الضمان يُعتبر رضا الضامن في لزومه، فجاز أن يعتبر رضا المضمون له.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجود في الكفالة مانع غير موجود في الشهادة وهو اعتبار الرضا.



(١) التجريد (٦/ ٢٩٩١).

(٢) استعمل القدوري لفظ تكلفت بمالك لعله أرادها من باب التكلف في إيصال المال، ولكن لفظ تكفلت هي من تصريف الكفالة فربما كان أفضل في الاستعمال. انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٢).

(٣) للشافعية قولان في المضمون له الأول: يعتبر لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم فشرط فيه الرضا كالثمن في البيع. الثاني: لا يعتبر رضاه وهو الذي عليه جمهورهم لأن أبا قتادة ضمن الدين عن الميت بحضرة النبي ﷺ ولم يعتبر النبي رضا المضمون له. انظر: المهذب(١/ ٣٤٠)، روضة الطالبين للنووي المكتب الإسلامي بيروت ١٤٠٥هـ الطبعة الثانية (٤/ ٢٥٩).

(٤) استخدم القدوري لفظ (رضا الشاهد) ولكن عند التدقيق أجد أن الذي له الحق هو المشهود له وليس الشاهد إلا إذا كان يقصد حق الحماية للشاهد فهذا الحق أيضا لا يثبت الشهادة. انظر: التجريد(٦/ ٢٩٩٣).

المسألة الرابعة: الضمان بالمجهول[1].

جوَّز الحنفية الضمان بالمجهول، مثل أن يقول: تكلفت بمالك على فلان، وبما يخرج في حسابك عليه، ويجوز تعليق الضمان بخطر مثل أن يقول: ما قضي لك على فلان وما بايعته[2].

بينما لم يُجوِّز الشافعية ضمان المجهول ولا ضمان ما لم يجب[3]،

نص القدوري«قالوا : مال في الذمة بعقد،فوجب أن لا يصح مجهولاً كالثمن في البيع،والأجرة في الإجارة.قلنا: الثمن والأجرة كل واحد منهما بدل في عقد الإبدال لا يثبت في المعاوضات مع الجهالة، وفي مسألتنا: المال لا يثبت بدلا وإنما الكفالة سبب من أسباب الضمان وأسباب الضمان مبنية في الأصول على الغرر والخطر والجهالة. ألا ترى أنه لو وكل إنساناً بشراء شيء فإن الموكل يضمن مثل ما يلزم الوكيل، ويجوز أن يشتري ويجوز أن لا يشتري، ولا يعلم مقدار ما يباع به، والكفيل بالوديعة يضمن مثل ما يلحق المودع من الضمان، وذلك خطر ومجهول، كذلك الكفالة لما كانت من أسباب الضمان»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز ضمان المجهول على عدم جواز مجهول الثمن في البيع والأجرة في الإجارة بجامع أن كلا منهما يثبت مال في الذمة بعقد فوجب أن لا يصح مجهولاً.

وذكر القُدوري أن الثمن والأجرة بدل في عقد الإبدال لا يثبت في المعاوضات مع الجهالة، أما ضمان المال لا يثبت بدلا وإنما الكفالة سبب من أسباب الضمان وأسباب

(١) التجريد(٦/ ٢٩٩٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٩).

(٣) قال ابن سريج وفيها قول آخر: إن ضمان المجهول جائز ونص الشافعي على جواز ضمان الدرك. انظر: المهذب(١/ ٣٤٠-٣٤١)، الإقناع للشربيني(٢/ ٣١٥).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٣٠٠٠).

الضمان مبنية في الأصول على الغرر والخطر والجهالة. ألا ترى أنه لو وكل إنسان بشراء شيء فإن الموكل يضمن مثل ما يلزم الوكيل، ويجوز أن يشتري ويجوز أن لا يشتري، ولا يعلم مقدار ما يباع به، والكفيل بالوديعة يضمن مثل ما يلحق المودع من الضمان، وذلك خطر ومجهول، كذلك الكفالة لما كانت من أسباب الضمان.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الثمن والأجرة معنى غير موجود في مجهول الكفالة وهو أنها بدل في عقد الإبدال.

المسألة الخامسة: شرط الخيار في الكفالة[١].

جوَّز الحنفية الكفالة إذا شُرط فيها الخيار[٢]، وجعلها الشافعية باطلة ولا يصح شرط الخيار فيها[٣].

نص القُدوري«قالوا: عقد يلزم بنفسه،فلم يدخله خيار الشرط كالنكاح. قلنا: خيار الشرط للفسخ، والنكاح لا يدخله الفسخ، والكفالة يدخلها الفسخ ولا يُعتبر فيها القبض في المجلس كالبيع»[٤].

بيانه :قاس الشافعية عدم صحة شرط الخيار في الكفالة على عدم صحة شرط الخيار في النكاح بجامع أن كليهما عقد يلزم بنفسه، فلم يدخله خيار الشرط.

والفرق الذي ذكره القُدوري أن خيار الشرط للفسخ، والنكاح لا يدخله الفسخ، وأما الكفالة يدخلها الفسخ ولا يُعتبر فيها القبض في المجلس كالبيع.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الكفالة مانع غير موجود في النكاح وهو دخول الفسخ.



(١) التجريد(٦/ ٣٠٢١).

(٢) انظر: البحر الرائق(٦/ ٢٣٥).

(٣) انظر: الأم (٣/ ٢٣٠).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٣٠٢٢) ولكن فاتَ القُدوري أن بيع جميع الأثمان يجب فيها القبض في المجلس.

المطلب السابع: في التطبيقات الفقهية في كتاب الشركة

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: شركة المفاوضة.
- المسألة الثانية: حكم شركة الصنائع.
- المسألة الثالثة: حكم الشركة بالأثمان المختلفة الجنس والصفة.
- المسألة الرابعة: حكم الشركة إذا اشتركا في المال ولم يخلطاه.
- المسألة الخامسة: حكم التفاضل في الربح مع التساوي في المال.



المسألة الأولى: شركة[(١)] المفاوضة[(٢)].

(١) تعريف الشركة: الشركة لغةً: مأخوذة من الشرك وهو النصيب، والشركة هي: خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما. وفي الشرع: عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح. وقيل: هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف.

والظاهر الجمع بين المعنى اللغوي والشرعي للشركة. انظر: اللسان (١٠/ ٤٥٠)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٢٩٩).

وشركة المفاوضة لغةً: المساواة والمشاركة وهي مُفاعلة من التفويض، وتفاوض الشريكان في المال: إذا اشتركا فيه أجمع. انظر: اللسان (٧/ ٢١٠).

وهي في التعريف الشرعي القديم: أن يشترك متساويان فأكثر تصرفًا ودينًا ومالاً وربحًا وتتضمن الوكالة والكفالة. وقيل في الحديث: أن يشترك متساويان فأكثر في جميع أموالهما ولا يلزم مساواتهما في العقار والعروض. انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٠٦)

والعروض لغة: مفرد عرض وهو متاع الدنيا وحطامها. شرعا: الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا ولا تكون الأثمان. انظر: النهاية في غريب الأثر لأبي السعادات الجزري المكتبة العلمية بيروت ١٣٩٩هـ (٣/ ٢١٤)، وشرح فتح القدير(٢/ ٢١٧).

فالفرق بينهما أن التعريف القديم لم يشترط التساوي في جميع المال وفي الحديث اشترط تساويهما في جميع الأموال.

وأما شركة العنان لغةً: هي أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما، وقيل من: عَنَّ الشيءُ: إذا ظهر، لأنها أظهرُ الأنواع أو لأنه أَظْهَرَ لكل من الشريكين مال الآخر. وفي الشرع قديماً: أن يشترك الرجلان برأس مال يحضره كل واحد منهما إما عند العقد أو عند الشراء. وقيل في الحديث: هو أن يشتركا في مال لهما ليتجرا فيه ولا فرق بينهما. انظر: انظر: مختار الصحاح(١/ ١٩٢)، والمبسوط للسرخسي(١١/ ١٥٢)، ومغني المحتاج للشربيني(٢/ ٢١٢)، وحاشية ابن عابدين(٤/ ٣١٠).

والفرق بين شركة العنان وشركة المفاوضة أن شركة المفاوضة شرطها الاشتراك في جميع الأموال والمساواة بينهما إلا في العقار والعروض. أما شركة العنان فشرطها الاشتراك في جزء معين من المال.

وشركة الصنائع لغةً: الصنائع من الصانع، والمصانعة: وهي أن تصنع له شيئًا ليصنع لك شيئًا آخر وشرعًا: هي أن يشترك اثنان على عمل من الأعمال مثل الخياطة والحدادة على أن يكون الكسب بينهما على ما شرطا، وتسمى شركة الأعمال وشركة التقبل وشركة الأبدان انظر: اللسان(٨/ ٢١٢)،و بدائع الصنائع (٦/ ٥٧-٥٨-٦٣-٦٥).

(٢) التجريد (٦/ ٣٠٢٥).

أجاز الحنفية شركة المفاوضة بأن يتساوى الشريكان في الأموال لكن يصح عقد الشركة عليها ويتساويا في التصرف ويكون كل واحد منهما وكيل الآخر وكفيلا عنه[1].

والمذهب الشافعي أبطل شركة المفاوضة فجعلها قمارًا! وقال الشافعي: إن كانت صحيحة فليس في الدنيا عقد باطل، ما القمار إلا هذا[2].

نص القُدوري «ولأنه نوع شركة ؛فكان منه ما يصح،كشركة العنان... فإن قيل المعنى في شركة العنان أنها تصح مع اختلاف الدين فصحت مع الاتفاق، والمفاوضة لا تصح مع الاختلاف في الدين فلم تصح مع الاتفاق. أو يقولون: المعنى في العنان أنها تصح بين الحر والعبد.قلنا: أصل علتنا العنان مع اختلاف الدين بين الحر والعبد، ثم المسلم والكافر والحر والعبد لا يتساويان في تصرفهما، وموضوع أحد التساوي،ولهذا تجوز المفاوضة بين اليهودي والنصراني وإن اختلف دينهما لتساويهما في عرفهما والاختلاف في التصرف لا ينفي مقتضي العنان وينفي مقتضي المفاوضة، فلم يجز أن يقال: لما صح العقد مع وجود معنى لا ينفي مقتضاه صح مع وجود معنى ينفيه على ماقدمنا»[3].

بيانه :استدل القُدوري على صحة شركة المفاوضة بصحة شركة العنان بجامع أن كلا منهما نوع شركة فكان منه ما يصح.

وافترض القُدوري قادحًا بالفرق، فقال: فإن قيل المعنى في شركة العنان أنها تصح مع اختلاف الدين فصحت مع الاتفاق، أما المفاوضة لا تصح مع اختلاف الدين فلم تصح مع الاتفاق. أو يقولون: المعنى في العنان أنها تصح بين الحر والعبد.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في العنان معنى غير موجود في المفاوضة الصحة مع اختلاف الدين والتصرف.

---

(١) انظر: الجامع الصغير(١/ ٤٢٦)، البحر الرائق(٥/ ١٨٢).

(٢) انظر: الأم(٣/ ٢٠٢) (٣/ ٢٣١)، المهذب(١/ ٣٤٦).

(٣) انظر: التجريد(٦/ ٣٠٢٩).

ثـم أجـاب القُـدوري عـلى هـذا القـادح المفـترض فـذكر أن أصـل العلـة العنـان مـع اختلاف الدين بين الحر والعبد، ثم المسلم والكافر والحر والعبد لا يتساويان في تصرفهما، ولهـذا تجـوز المفاوضـة بـين اليهـودي والنـصراني وإن اختلـف ديـنهما لتساويهما في عـرفهما والاختلاف في التصرف لا ينفي مقتضي العنان وينفي مقتضي المفاوضة، فلم يجز أن يقال: لما صح العقد مع وجود معنى لا ينفي مقتضاه(أي مقتضى العنان) صح مع وجود معنـى ينفيه (أي ينفي مقتضى المفاوضة).

ويُجاب على القُدوري بأن المسلم والكافر لا يتساويان في التصرف بـدليل أنـه تجـوز مشاركة اليهودي والنصراني، ولو كان تصرفهما غير مساوٍ للمسلم ما جازت المشاركة.

المسألة الثانية: حكم شركة الصنائع[1].

صحح الحنفية المعاملات بشركة الصنائع[2]. ولم يجوِّزها الشافعي[3].

نص القُدوري«قالوا: عقد شركة على غير مال، أو عقد على غير الدراهم والدنانير، أو على غير الأثمان،أو على ما لا مثل له فصار كالشركة في الاحتطاب والاصطياد والعروض...فأما أصل العلة في الفساد إن كانت الشركة في الاحتطاب، فالمعنى فيها أنها لو صحت استحق كل واحد منهما كسب الآخر من غير مال ولا عمل، ولأن الضمان كالربح في الشريعة لا يستحق إلا بأحد هذه الوجوه وليس كذلك في مسألتنا، لأنه يستحق بعض الكسب بالضمان لأنه وكله بالتقبل فضمن الموكل العمل فاستحق بعض بدله بضمانه»[4].

بيانه جعل الشافعية بطلانها مقيسًا على بطلان الشركة في الاحتطاب بجامع أن كلا منهما عقد شركة على غير مال أو عقد على غير دراهم والدنانير أو على غير الأثمان أو على ما لا مثل له.

وأوجد القُدوري فرقًا بين المسألتين فذكر أن المعنى في شركة الاحتطاب أنها لو صحت استحق كل واحد منهما كسب الآخر من غير مال ولا عمل، ولأن الضمان كالربح في الشريعة لا يستحق إلا بأحد هذه الوجوه وليس كذلك في شركة الصنائع، لأنه يستحق بعض الكسب بالضمان لأنه وكله بالتقبل فضمن الموكل العمل فاستحق بعض بدله بضمانه.

(١) التجريد(٦/ ٣٠٣٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٦٤)، (٥/ ١٩٥).

(٣) انظر: المهذب (١/ ٣٤٦)، إعانة الطالبين لأبي بكر ابن اليسر محمد الدمياطي دار الفكر للطباعة بيروت (٣/ ١٠٥).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٣٠٣٧-٣٠٣٩).

نـوع الفـرق: معارضـة في الفـرع حيـث وجـد في الـصنائع مـانع غـير موجـود في الاحتطاب وهو استحقاق الكسب بالضمان.



المسألة الثالثة: حكم الشركة بالأثمان المختلفة الجنس والصفة[1].

مذهب الحنفية: جواز الشركة بالأثمان المختلفة الجنس والصفة.

وقال زفر[2]: لا تصح[3].

وفصَّل الشافعي: فلا تصح الشركة عنده حتى يكون مال كل واحد منهما من جنس مال الآخر وعلى صفته، حتى إذا اختلطا لم يتميزا فلو كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير لم تجز، وكذلك لو كان لهما دراهم إلا أن صفتهما تختلف كالمكسرة و الصحاح أو المغراة – الدراهم كسرت ثم ألصقت بالغراء[4] – لم تصح الشركة[5].

نص القُدوري «احتجوا: بأنهما مالان لا يختلطان، فإذا عقدا فيهما الشركة لم يصح،كالحنطة والشعير. قلنا: المعنى في الأصل أنهما ليسا من جنس الأثمان، وليس كذلك في مسألتنا: لأنهما من جنس الأثمان كالصنف الواحد»[6].

بيانه : قاس الشافية عدم صحة الشركة إذا اختلف المال على الحنطة والشعير بجامع أنهما مالان لا يختلطان، فإذا عقد فيهما الشركة لم يصح.

وناقش القُدوري هذا بالفرق، فذكر أن المعنى في الحنطة والشعير أنهما ليسا من

---

(١) التجريد(٦/ ٣٠٤٤).

(٢) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري فقيه كبير من أصحاب الإمام أبي حنيفة وهو أحد العشرة الذين دونوا الكتب، وكان عالما ممتازا أحاط بالسنة ثم عمد إلى القياس، وله في الأصول آراء خالف في بعضها مذهب إمامه ولد سنة ١١٠ هـ وتوفي سنة ١٥٨هـ بعد وفاة أبي حنيفة بثماني سنين. انظر: الفوائد البهية للكنوي(ص ٧٥)، شذرات الذهب للحنبلي(١/ ٢٤٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٥٩).

(٤) الغراء هو: الذي يلصق به الشيء ويكون من السمك وأطراف الجلود. انظر: اللسان(١٥/ ١٢١).

(٥) انظر: المهذب(١/ ٣٤٥)، التنبيه للشيرازي(١/ ١٠٧).

(٦) انظر: التجريد (٦/ ٣٠٤٥).

جنس الأثمان، وليس كذلك في هذه المسألة لأنهما من جنس الأثمان كالصنف الواحد.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في الأثمان معنى غير موجود في الحنطة والشعير وهو أنها من جنس الأثمان.

المسألة الرابعة: حكم الشركة إذا اشتركا في المال ولم يخلطاه[1].

مذهب الحنفية: إذا اشتركا في المال صَحَّت الشركة، وإن لم يخلطا المالين - بأن يكون لأحدهما حنطة والآخر رز-[2].

المذهب الشافعي: لا تصح الشركة حتى يختلط مالهما ولا يتميز أحد المالين من الآخر[3].

نص القُدوري «احتجوا: بأنها مالان متميزان،فإذا عقدا عليهما الشركة لم يصح،كالحنطة.قلنا:.... والمعنى في الحنطة: أنها من غير الأثمان أو أن إطلاق الشرى بها لا يصح»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم صحة الشركة حتى يختلط المالان على عدم صحة الشركة في الحنطة حتى يختلطا بجامع أن كلا منهما مالان متميزان فإذا عقد عليهما الشركة لم يصح.

قدح القدوري هذا القياس بالفرق فذكر أن المعنى في الحنطة أنها من غير الأثمان أو أن إطلاق الشرى بها لا يصح، بخلاف المال هو من الأثمان و إطلاق الشرى به يصح.

نوع الفرق :معارضة في الفرع حيث وجد في المال مانع غير موجود في الحنطة والرز وهو أنها من الأثمان ويصح الشرى بها.



(١) التجريد (٦/ ٣٠٤٧).

(٢) ذكر زفر أنه يشترط الخلط. انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٦٠).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٣٤٥).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٣٠٤٧-٣٠٤٨).

المسألة الخامسة: حكم التفاضل في الربح مع التساوي في المال[1].

مذهب الحنيفة: إذا تساويا في المال و تفاضلا في الربح جاز[2].

المذهب الشافعي: لا يجوز[3].

نص القُدوري« قالوا: أحد موجبي الشركة،فإذا شرطا التفاضل فيه بطل، كالوضيعة. قلنا: الوضيعة جزء هالك من المال وذلك لا يتبع العمل،والربح يُستفاد بالمال وذلك يتبع العمل، ألا ترى: أن العمل مؤثر في الربح غير مؤثر في الوضيعة؟ ولهذا يجوز استحقاق الربح في المضاربة بالشرط، ولو شرطا الوضيعة عليهما كانت في رأس المال فأثر الشرط في استحقاق الربح، ولم يعتبر في تغيير حكم الوضيعة.

ولأن الوضيعة: لما كانت هلاك جزء من المال،وذلك لا يكون مستحقًا على غير المال، والربح نماء من مالك وذلك يستحقه غير مالك المال»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز التفاضل في الربح مع التساوي في المال على عدم جواز البيع بالوضيعة[5] بجامع أن كلا منهما أحد موجبي الشركة، فإذا شرط التفاضل فيه بطل.

اعترض القدوري على هذا بالفرق فذكر أن المعنى في الوضيعة أنها جزء هالك من المال وذلك لا يتبع العمل، أما الربح فيُستفاد بالمال وذلك يتبع العمل، ألا ترى أن العمل مؤثر في الربح غير مؤثر في الوضيعة؟ ولهذا يجوز استحقاق الربح في المضاربة بالشرط، ولو شرطا الوضيعة عليهما كانت في رأس المال فأثر الشرط في استحقاق الربح ولم يعتبر

(١) التجريد(٦/ ٣٠٤٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٦٠).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٣٤٦).

(٤) انظر: التجريد (٦/ ٣٠٥١).

(٥) الوضيعة لغة: من الوضع وهو الغبن، والوضيع هو الدنيء من الناس. انظر: اللسان(٨/ ٣٩٧).
أما شرعاً: هي البيع بنقيصة عن الثمن الأول. انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٢١٩).

في تغيير حكم الوضيعة.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في الربح مانع غير موجود في الوضيعة وهو الاستفادة بالمال.

وفرق آخر أن الوضيعة لما كانت هلاك جزء من المال ذلك لا يكون مستحقًا على غير المال، أما الربح فنماء من المالك وذلك يستحقه غير مالك المال.

نوع الفرق :معارضة في الفرع حيث وجد في الربح معنى غير موجود في الوضيعة وهو النماء.

غير أنه يجاب على قول القُدوري (أن التساوي في المال والتفاضل في الربح جائز)؛ أنه ينافي مقتضى الشركة فلم يصح، إلا إن كان يقصد صحة التصرف، فالتصرف نافذ و صحيح لأن هذا الشرط لا يسقط الإذن فينفذ التصرف.



المطلب الثامن: في التطبيقات الفقهية في كتاب الوكالة

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: إقرار الوكيل على موكله.
- المسألة الثانية: بيع الوصي وشراؤه مال الصغير بنقصان كبير أو زيادة كبيرة.
- المسألة الثالثة: يجوز بيع الوكيل بقليل الثمن و كثيره.
- المسألة الرابعة: الحكم إذا وكله بالبيع مطلقا فباع بالأثمان أو العروض.
- المسألة الخامسة: من تُعَلَّق به حقوق العقد.



المسألة الأولى: إقرار الوكيل[1] على موكله[2].

وهو جائز على مذهب الحنفية[3].

وعلى المذهب الشافعي: إذا أقر على موكله لم يلزمه إقراره[4].

نص القُدوري« لنا : أنه يملك الخصومة فيما يقبل البراءة فملك الإقرار باستيفاء غيره كالموكل إذا أقر باستيفاء الوكيل، والوكيل إذا جعل إليه أن يوكل. قالوا : المعنى في الموكل: أن إقراره يجوز بحضرة الحاكم وبغير حضرته، ولما كان الوكيل لا يجوز إقراره بغير حضرة الحاكم لم يجز بحضرته. قلنا: الوكيل يقر في الحالة التي وكل فيها وهو إنما وكل في الخصومة والخصومة تختص بحضرة الحاكم في الحالة التي فيها مما في يده، فأُقِر في غيرها»[5].

بيانه: استدل القُدوري على جواز إقرار الوكيل على موكله بجواز إقراره على الموكل إذا أقر باستيفاء الوكيل.

---

(١) الوكيل من الوكالة وهي: لغة: التفويض والتسليم، والوكيل: من وكل إليه الأمر إذا فوضه إليه واكتفي به. انظر: اللسان(١١/ ٧٣٦). أما شرعاً: عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم. انظر: الدر المختار (٥/ ٥١٠).

(٢) التجريد(٦/ ٣٠٨٠).

(٣) اختلفت الأقوال واختلف النقل أيضا في إقرار الوكيل على موكله، فقال محمد في الجامع الصغير: يصح الإقرار في الخصومة ولا يصح في غيره، ونقل عن أبي يوسف أنه سواء في عدم الصحة، كذلك قال السرخسي في المبسوط، ولكنه أضاف "رجع أبو يوسف فقال: يصح إقراره في مجلس القضاء وفي غيره باطل". ونقل عن أبي حنيفة ومحمد وزفر أنه لا يصح. ونقل. صاحب كتاب بدائع الصنائع: أن مذهب أبي حنيفة ومحمد: يصح في مجلس القضاء فقط. ثم ذكر: يصح مطلقا. انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٢٤)، والجامع الصغير(ص٤٠٦)، و المبسوط للسرخسي(١٩/ ٤-٥)، و البحر الرائق(٧/ ١٨٢).

(٤) انظر: الأم (٣/ ٢٣٢)، مختصر المزني(ص١١٠).

(٥) انظر: التجريد(٦/ ٣٠٨٤).

وقدح الشافعي هذا القياس بالفرق فذكر أن المعنى في الموكل أن إقراره يجوز بحضرة الحاكم وبغير حضرته، أما الوكيل لما لم يجز إقراره بغير حضرة الحاكم لم يجز بحضرته.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الموكل معنى غير موجود في الوكيل وهو جواز الإقرار بحضرة الحاكم وغيبته

ثم أجاب القُدوري عن هذا الفرق، فذكر أن الوكيل يقر في الحالة التي وكل فيها وهو إنما وكل في الخصومة والخصومة تختص بحضرة الحاكم في الحالة التي وجدت الآن بين يديه، فأُقِر الوكيل في غيرها.



المسألة الثانية: بيع الوصي وشراؤه مال الصغير بنقصان كبير أو زيادة كبيرة[1].

ينصُّ المذهب الحنفي على أنه إذا باع الوصيُّ ماله من الصغير بنقصان كثير أو ابتاع مال الصغير بزيادة كثيرة جاز[2].

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز إلا فيما يتغابن الناس فيه وعليه المذهب الشافعي[3].

نص القدوري« قالوا: الوصي يلي بتولية، فلم يجز أن يبيع من نفسه،كالوكيل. قلنا: الوكيل يتصرف بالأمر، والوصي يتصرف من طريق الحكم بدلالة: أنه يتصرف مع انقطاع أمر الوصي، فصار كالجد»[4].

بيانه : قاس الشافعية عدم جواز بيع الوصي بنقصان كثير أو زيادة كثيرة على عدم جواز بيع الوكيل بجامع أن كلا منهما يلي بتولية، فلم يجز أن يبيع من نفسه.

وبيَّن القُدوري أن الفرق، في أن الوكيل يتصرف بالأمر، أما الوصي فيتصرف من طريق الحكم بدلالة أنه يتصرف مع انقطاع أمر الوصي فصار كالجد.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الوكيل معنى غير موجود في الوصي وهو التصرف بالأمر.

ويجاب عليه أنه حتى لو كان كالجد فإن الوصي والوكيل كل منهما يتصرف حتماً بما فيه مصلحة المُوصَى عليه أو الوكيل، وليس في شراء الوصي أو بيعه بأكثر مما يتغابن الناس فيه مصلحة لصاحب المصلحة من أي وجه.

---

(١) التجريد(٦/ ٣٠٨٩).

(٢) انظر: الجامع الصغير(ص٥٣١)، البحر الرائق(٨/ ١٢٢).

(٣) انظر: مختصر المزني(ص١١١).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٣٠٩٠).

المسألة الثالثة: يجوز بيع الوكيل بقليل الثمن و كثيره[1].

رأي المذهب الحنفي: إذا باع الوكيل بقليل الثمن و كثيره جاز. وقيل: جائز إذا باعه ليشتري ما هو أربح منه[2].

وروى الحسن[3] عن أبي حنيفة: أن بيعه لا يجوز إلا بمثل القيمة، أو بنقصان يتغابن بمثله، و به قال أبو يوسف ومحمد وعليه المذهب الشافعي.

وأما الوكيل بالشرى ففيه روايتان للشافعي: فكان قوله الأول إن الشرى يجوز بالقليل والكثير. وقوله الثاني إن الشرى لا يجوز إلا بمثل الثمن بزيادة يسيرة[4].

نص القُدوري« قالوا: كل ما يملك به الشرى بأكثر من ثمن المثل لا يملك به البيع بأقل من ثمن المثل.كالأب والجد. قلنا: الأب والجد يتصرفان من طريق الحكم فاعتبر عموم الأمر، ولا يلزم : الوكيل بالشرى؛ لأنه لا يتصرف من طريق الأمر لاستحالة أن ينفذ أمر الإنسان في ملك غيره.

ولأن الأب والوصي يقومان مقام من لا يصح التبرع في ماله، فلا يجوز تصرفهما بما لا حظ له فيه. والوكيل يقوم مقام من صح التبرع منه في ماله، فإذا فوض التصرف في ماله مطلقا إليه ملك منه ما يملكه موكله»[5].

---

(١) التجريد(٦/ ٣٠٩١).

(٢) انظر: تحفة الفقهاء(٣/ ٢٣٤)، و بدائع الصنائع(٦/ ٢٧).

(٣) هو الإمام أبو علي الحسن بن زياد الأنصاري اللؤلؤي الكوفي صاحب الإمام أبي حنيفة، وقد اشتهر برواية الحديث، وولي القضاء، وكان محبا للسنة من تصانيفه: كتاب(المجرد) و(الوصايا) توفي سنة ٢٠٤هـ. انظر: الفوائد البهية للكنوي(ص٦٠-٦١)، وسير أعلام النبلاء للذهبي(٩/ ٥٤٣-٥٤٥).

(٤) انظر: الجامع الصغير(ص ٤٠٨)، ومختصر المزني(ص١١١)، والمهذب(١/ ٣٥٤)، والمبسوط للسرخسي(١٩/ ٣٣).

(٥) انظر: التجريد(٦/ ٣٠٩٢).

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز البيع بأقل من ثمن المثل على عدم جواز بيع الأب والجد بأقل من الثمن والجامع أن كل ما يملك به الشرى بأكثر من ثمن المثل لا يملك به البيع بأقل من ثمن المثل.

فمنع القُدوري هذا بالفرق فقال: أن الأب والجد يتصرفان من طريق الحكم فاعتبر عموم الأمر، أما الوكيل فلا يتصرف من طريق الأمر لاستحالة أن ينفذ أمر الإنسان في ملك غيره.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الأب والجد معنى غير موجود في الوكيل وهو التصرف من طريق الحكم.

وفرق آخر أن الأب والجد يقومان مقام من لا يصح التبرع في ماله، فلا يجوز تصرفهما بما لا حظ له فيه. أما الوكيل فيقوم مقام من صح التبرع منه في ماله، فإذا فوض التصرف في ماله مطلقا إليه ملك منه ما يملكه موكله.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الوكيل مانع غير موجود في الأب والجد وهو القيام مقام من صح التبرع منه في ماله.

ويمكن أن يُجاب على القدوري بأن في البيع بقليل الثمن و كثيره ضررًا على الموكل، و إن أراد أن يشتري ما هو أربح منه لأن دفع الضرر مقدم على جلب النفع.



المسألة الرابعة: الحكم إذا وكله بالبيع مطلقا فباع بالأثمان أو العروض[1].

المذهب الحنفي: إذا وكله بالبيع مطلقا فباع بالأثمان أو العروض، جاز[2].

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز البيع إلا بالأثمان[3]. وجوَّزه الشافعي بنقد البلد.[4]

نص القدوري« احتجوا: بأنه عارَض ما ليس من نقد البلد، فوجب أن لا يصح. أصله : إذا باع عيناً بمنافع دار أو دابة. قلنا: المعنى فيه: أنه وكله بالبيع لا بعقد الإجارة فصارعدولُه إلى الإجارة كعدوله إلى النكاح إذا زوَّجه امرأة، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه وكله بالبيع مطلقًا، فعقد ما يتناوله اسم البيع على الإطلاق، فكذلك جاز»[5].

بيانه: استدل الشافعية بعدم صحت البيع إلا بالأثمان أو نقد البلد على عدم صحته إذا باع عينًا بمنافع دار أو دابة لأن كلا منهما عارَض ما ليس من نقد البلد، فوجب أن لا يصح.

وعند القُدوري أن المعنى في من باع عينا بمنافع دار أنه وكله بالبيع لا بعقد الإجارة فصارعدولُه إلى الإجارة كعدوله إلى النكاح إذا زوَّجه امرأة، وليس كذلك في هذه المسألة؛ لأنه وكله بالبيع مطلقًا، فعقد ما يتناوله اسم البيع على الإطلاق، فلذلك جاز.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الأثمان مانع غير موجود في منافع الدار وهو التوكيل بالبيع مطلقا.

ويمكن أن يجاب عن هذا بأنه خروج عن محل النزاع في التوكيل بالبيع مطلقًا، فباع بالأثمان أو العروض فلا دخل للإجارة فيها.



(١) التجريد(٦/ ٣٠٩٦).

(٢) انظر: تحفة الفقهاء(٣/ ٢٣٤).

(٣) انظر: الجامع الصغير(ص ٤٠٩).

(٤) انظر: مختصر المزني(ص١١٣)، و المهذب(١/ ٣٥٣).

(٥) انظر: التجريد(٦/ ٣٠٩٧).

المسألة الخامسة: من تُعَلَّق به حقوق العقد[1].

مذهب الحنفية أنها تتعلق بالوكيل، فإذا بالغ فله أن يطالب بالثمن دون الموكل، وعليه تسليم المبيع، وإذا ابتاع عليه تسليم الثمن وضمان العهدة عليه، وهو المخاصم في العيب[2].

وفي المذهب الشافعي: إذا باع الوكيل فالمطالبة بالثمن لموكله، وله، وإذا ابتاع ففي أي ذمة يثبت الثمن؟ فيه ثلاثة أوجه أحدها: على الموكل والوكيل ضامن له عن الموكل وللبائع مطالبة أيهما شاء.

والوجه الثاني: الثمن يتعلق بذمة الوكيل وحده ولا مطالبة على الموكل حتى يزن الوكيل الثمن ويرجع حينئذ.

والوجه الثالث: الثمن في ذمة الموكل ويثبُت مثل ذلك للوكيل في ذمة موكله، ويكون للبائع مطالبة الوكيل، فإذا طولب كان له مطالبة موكله بخلاصه[3].

والموكل والحاكم عند الشافعي سواء.

نص القُدوري«قالوا: الوكيل نائب عن الموكل في العقد ؛فوجب أن تثبت الحقوق للمنوب عنه،كالحاكم. قلنا: الحاكم يعقد بولاية القضاء فلو تعلقت به الحقوق صار خصمًا، وهذا يبطل معنى الولاية، فلما أدى تعليق حقوق العقد بها إلى إبطال عقده لم تتعلق. وفي مسألتنا: الوكيل تعليق الحقوق به لا يؤدي إلى إبطال البيع بالوكالة؛ لأن الوكيل يجوز أن يكون خصمًا فلذلك تعلقت الحقوق به»[4].

بيانه: قاس الشافعية ثبوت الحقوق للموكل على ثبوت الحقوق للحاكم لنيابتيهما عن الموكل في العقد، فوجب أن تثبت الحقوق للمنوب عنه.

---

(١) التجريد(٦/ ٣١١٢).

(٢) انظر: الجامع الصغير(١/ ٤٠٦)، و البحر الرائق(٧/ ١٥٥).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٣٥٣-٣٥٤).

(٤) انظر: التجريد(٦/ ٣١١٥).

والفارق الذي أوجده القُدوري أن الحاكم يعقد بولاية القضاء فلو تعلقت به الحقوق صار خصمًا، وهذا يبطل معنى الولاية، فلما أدى تعليق حقوق العقد بها إلى إبطال عقده لم تتعلق.

أما في مسألة الوكيل فتعليق الحقوق به لا يؤدي إلى إبطال(العقد) البيع بالوكالة؛ لأن الوكيل يجوز أن يكون خصمًا فلذلك تعلقت الحقوق به.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الحاكم معنى غير موجود في الوكيل وهو أن تعليق الحقوق يؤدي إلى الإبطال للولاية.



المطلب التاسع: في التطبيقات الفقهية في كتاب الإقرار

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: هل دين الصحة ودين المرض سواء في القضاء؟.
- المسألة الثانية: حكم إقرار المريض للوارث.
- المسألة الثالثة: حكم قضاء المريض المديون بعض غرماء الصحة دون بعض.
- المسألة الرابعة: اختلاف الشاهدين في شهادتهما بزيادة أو نقص..
- المسألة الخامسة: إقرار أحد الورثة بالدين وإنكار الآخرين.



المسألة الأولى: هل دين الصحة ودين المرض سواء في القضاء[1]؟.

مذهب الحنفية: إذا كان على المريض[2] دين أقر[3] به في صحته ثم أقر بديون في مرضه قدمت ديون الصحة[4] في القضاء فما فضل عنها كان لديون المرض.

وإن لزمه دين في المرض ببينة أو بابتياع بمعاينة أو بنكاح كانت كديون الصحة[5].

ولم يفرق الشافعي بين ديون الصحة والمرض فهي سواء لا يقدم بعضها[6].

نص القُدوري«قالوا: حق لو ثبت عليه بالصفة التي بيَّنَّا، آخر ثبت له مثله حال الصحة، فإذا ثبت عليه بالاعتراف وجب أن يساوي من ثبت له مثل حال الصحة.أصله النسب. قلنا: والمعنى في النسب ثبوت الإنسان على الأنساب، وتعلق الحقوق بماله لا يجعله محجورا عليه في الإقرار بسبب آخر، وليس كذلك الديون؛ لأن ثبوت الدين قد يؤثر في الحجر ومنع المشاركة، بما يقر به دلالة أن الدين به رهن، ولذلك جاز أن تكون حقوق غرماء الصحة تؤثر في الحجر ومنع المشاركة بين ديونهم والدين المقر به»[7].

---

(١) التجريد(٧/ ٣١٨٩).

(٢) المريض هنا هو المريض مرض الموت وحده الذي تطبق عليه هذه الأحكام أن يكون مما يمنع صاحبه من القيام بحاجته كما يعتاده الأصحاء وأن يكون نفس المرض مما يخاف منه الهلاك غالبا وأن يتصل به الموت فعلا. فهذه ثلاث صفات لا بد من تحقيقها كلها بحيث لو لم تتحقق واحدة منهن لم يعتبر المرض مرض الموت. انظر: حاشية ابن عابدين(٥/ ٦١٠).

(٣) الإقرار: لغة: إفعال من أقر يقر إقرارا بمعنى: وضع الشيء في قراره وله معانٍ أخرى ليس هنا مجال ذكرها. انظر: اللسان(٥/ ٨٨). اصطلاحا: إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه. انظر: تبيين الحقائق(٥/ ٢).

(٤) هي ما كان ثبوتها بالإقرار والبينة في حال الصحة.

(٥) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٢٢٥)، و البحر الرائق(٧/ ٢٥٤- ٢٥٥).

(٦) انظر: الأم(٧/ ١٢١).

(٧) انظر: التجريد(٧/ ٣١٩٧).

بيانه : قاس الشافعية التساوي بينهما على التساوي في ثبوت النسب حال الصحة أو المرض بالاعتراف بجامع أن كلا منهما حق لو ثبت عليه بالصفة التي بيَّنَّا، وهي المرض وآخر ثبت له مثله حال الصحة فإذا ثبت عليه بالاعتراف وجب أن يتساويا.

وفرَّق القدوري بين المقيس والمقيس عليه في مذهب الشافعي لأن ثبوت الإنسان على الأنساب، وتعلق الحقوق بماله لا يجعله محجورا عليه في الإقرار بسبب آخر، وليس كذلك الديون؛ لأن ثبوت الدين قد يؤثر في الحجر ومنع المشاركة، بما يقر به دلالة أن الدين به رهن، ولذلك جاز أن تكون حقوق غرماء الصحة مؤثرة في الحجر ومنع المشاركة بين ديونهم والدين المقر به.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في ثبوت النسب معنى غير موجود في ثبوت الدين وهو التأثير في الحجر.

ويظهر من هذا الفارق كيف نقض القُدوري قوله السابق في كتاب التفليس[1] المسألة الثانية عندما ذكر أن المدين لا يحجر عليه مطلقًا ولم يميز بين غرماء الصحة و المرض في ذلك.

(١) انظر: (ص٢٠١) من البحث.

المسألة الثانية: حكم إقرار المريض للوارث[1].

مذهب الحنفية: إقرار المريض لوارثه باطل إن مات في مرضه[2].

المذهب الشافعي: أحد قوليه مثل ما ذُكر سابقًا، وقال في القول الآخر: إقراره جائز[3].

نص القدوري«من صح إقراره له في صحته، صح إقراره له في مرضه كالأجنبي،أو من صح إقراره للأجنبي صح للوارث.أصله: الصحيح. قلنا:....وأما الأجنبي فلا تلحقه تهمة في حقه، فيملك إيجاب التبرع له في جميع محال التبرع فيملك الإقرار له في محل الإقرار. وفي الوارث تلحقه تهمة في حقه بدلالة أنه لا يملك التبرع عليه في محل التبرع، فلم يملك الإقرار له في محل الإقرار، تبين ذلك أن الغالب أن الإنسان يؤثر بعض ورثته ويفضلهم، وليس الغالب أن الإنسان يؤثر تحصيل ما زاد على ثلثه للأجنبي ويمنع بذلك وارثه))[4].

بيانه: قاس الشافعية صحة إقرار المريض للوارث في مرضه على صحة إقرار المريض للأجنبي بجامع أن كلا منهما لما صح إقراره له في صحته صح إقراره له في مرضه، أي من صح إقراره للوارث في حال صحته، صح إقراره للوارث في حال مرضه.

ونازعه القُدوري على هذا القياس بالفرق بأن الأجنبي لا تلحقه تهمة في حقه، فيملك إيجاب التبرع له في جميع محال التبرع وبتالي يملك الإقرار له في محل الإقرار.

والوارث تلحقه تهمة في حقه بدلالة أنه لا يملك التبرع له في محل التبرع، فلم يملك الإقرار له في محل الإقرار، فتبين أن الغالب أن الإنسان يؤثر بعض ورثته،

(١) التجريد(٨/ ٣٢٠١).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٨/ ٣١)، و بدائع الصنائع(٧/ ٢٢٥)، والبحر الرائق(٧/ ٢٥٤).

(٣) انظر: الأم (٧/ ١٢١).

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٢٠٥).

ويفضلهم وليس الغالب أن الإنسان يؤثر تحصيل ما زاد على ثلثه للأجنبي ويمنع بذلك وارثه.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في الوارث مانع غير موجود في الأجنبي وهو لحوق التهمة.



المسألة الثالثة: حكم قضاء المريض المديون بعض غرماء الصحة دون بعض[1].

مذهب الحنفية: إذا قضى المريض المديون بعض غرماء الصحة دون بعضهم لم يصح القضاء[2].

المذهب الشافعي: يصح[3].

نص القدوري«احتجوا: بأنه قضى دينه وهو من أهل القضاء،فصار كحال الصحة. قلنا:...والمعنى في حال الصحة: أنه يملك أن يزيل ملكه على طريق التبرع فيملك أن يفرد بعض الغرماء بالقضاء، ولما كان في حال المرض لا يملك مع الدين أن يتبرع بماله لم يملك أن يفرد بعض غرماء الصحة بالقضاء»[4].

بيانه :قاس الشافعية صحة قضاء المريض المديون بعض غرماء الصحة دون بعض على حال الصحة بجامع أنه قضى دينه وهو من أهل القضاء.

قدح القدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى في حال الصحة أنه يملك أن يزيل ملكه على طريق التبرع فيملك أن يفرد بعض الغرماء بالقضاء، ولما كان في حال المرض لا يملك مع الدين أن يتبرع بماله لم يملك أن يفرد بعض غرماء الصحة بالقضاء.

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في الصحة معنى غير موجود في المرض وهو ملك إزالة الملك.

(١) التجريد(٧/ ٣٢٠٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٢٢٥)، والبحر الرائق(٧/ ٢٥٤).

(٣) انظر: الأم(٧/ ١٢١).

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٢٠٩).

المسألة الرابعة: اختلاف الشاهدين في شهادتهما بزيادة أو نقص.[1]

مذهب أبي حنيفة أنه إذا شهد أحد الشاهدين أنه أقر بألف وشهد الآخر أنه أقر بألفين أو خمسمائة فإن شهادتهما لا تقبل حتى ينضم إلى كل واحد منهما شاهد آخر، ولو شهد أحدهما بجملة والآخر بها وبجملة معطوفة عليها قُبِلت شهادتهما في الجملة الأولى[2].

وعند الشافعي: إذا شهدَ له شاهد بألف وآخر بألفين ثبت له ألف بشاهدين وإذا أراد ألفا أخرى حلف وكانت له[3].

نص القدوري «احتجوا: بأنهما عددان لو أقر بهما في مجلس واحد دخل الأقل في الأكثر، كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة. والمعنى فيه: أنهما اتفقا على ألف وانفرد أحدهما بعدد آخر عطف عليه، فيقبل ما اتفقا عليه. قلنا: وفي مسألتنا كل واحد شهد بعدد غير عدد الآخر، وإنما يتفقان في المعنى لا في اللفظ، فصار كما لو شهد أحدهما بمائة والآخر بعشرة دنانير»[4].

بيانه: قد قاس الشافعية إثباته للألف بشاهدين والحلف إذا أراد أخرى على إثبات ما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة بجامع أن كلا منهما عددان لو أقر بهما في مجلس واحد دخل الأقل في الأكثر.

وخالفه القُدوري بذكر الفرق، فبيَّن أن المعنى في ما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة أنهما اتفقا على ألف وانفرد أحدهما بعدد آخر عطف عليه فيقبل ما اتفقا

---

(١) التجريد(٧/ ٣٢٣٧).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٨/ ١٨١)، وجاء في الهداية شرح البداية(٣/ ١٢٦- ١٢٧): " فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا وخمسمائة ثبت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليهما لفظا ومعنى".

(٣) انظر: الأم(٧/ ١٢٣).

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٢٣٧-٣٢٣٨).

عليه. أما هنا في هذه المسألة فكل واحد شهد بعدد غير عدد الآخر، وإنما يتفقان في المعنى لا في اللفظ فصار كما لو شهد أحدهما بمائة والآخر بعشرة دنانير.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في شهادة أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة معنى غير موجود في من شهد بألف والآخر بألفين وهو الاتفاق على ألف.



المسألة الخامسة: إقرار أحد الورثة بالدين وإنكار الآخرين[١].

مذهب الحنفية: إذا أقر أحد الورثة بدين وجحد الباقون أخذ جميع الدين من نصيب المقر خاصة[٢].

مذهب الشافعي: له مذهبان، قديم وجديد. القديم كمذهب الحنفية والجديد أنه يؤخذ من حقه بمقدار نصيبه من الإرث[٣].

نص القدوري«احتجوا : بأنه أقر بدين تعلق بمال مشترك.فوجب ان يجب عليه بقدر حقه منه. أصله : العبد المشترك إذا أقر أحد الشريكين باستهلاك مال وجحد الآخر، استوفى من نصيب المقر النصف،كذلك هنا. قلنا: دين العبد في أحد النصيبين غير متعلق بالنصيب الآخر بدلالة أن الدين لو ثبت ببينة ثم غاب أحد الشريكين لم يستوف جميع الدين من نصيب الآخر، وإذا أقر استوفى من نصيبه بقدره، وأما الدين فكل جزء من التركة مستحق بجميعه بدلالة أنه لو ثبت بالبينة ثم غاب أحدهما استوفى من نصيب الآخر، وإذا أقر تعذر الاستيفاء من نصيب الآخر فصار كتعذر غيبته))[٤].

بيانه: قاس الشافعية المذهب الجديد - وهو وجوب الدين على المقر بقدر حقه من الإرث - على وجوب الدين في العبد المشترك إذا أقر أحد الشريكين باستهلاك مال وجحد الآخر، فإنه يستوفى من نصيب المقر النصف بجامع أن كلا منهما أقر بدين تعلق بمال مشترك.

وخالفه القُدوري بذكر الفرق بأن دين العبد في أحد النصيبين غير متعلق بالنصيب الآخر بدلالة أن الدين لو ثبت ببينة ثم غاب أحد الشريكين لم يستوف جميع الدين من

(١) التجريد(٧/ ٣٢٥٣).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٨/ ٤٨).

(٣) انظر: الأم(٧/ ١٢١-١٢٢).

(٤) التجريد(٧/ ٣٢٥٦).

نصيب الآخر، وإذا أقر استوفى من نصيبه بقدره أي قدر دينه، أما الدين فكل جزء من التركة مستحق بجميعه بدلالة أنه لو ثبت بالبينة ثم غاب أحدهما استوفى من نصيب الآخر، وإذا أقر تعذر الاستيفاء من نصيب الآخر فصار كتعذر غيبته.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في الدين على مقر مانع غير موجود في الدين في عبد المشترك وهو استحقاق كل جزء من التركة بجميعه.

المطلب العاشر: في التطبيقات الفقهية في كتاب العارية

ويشتمل على ثلاث مسائل :

- المسألة الأولى: هل العارية مضمونة أو أمانة؟
- المسألة الثانية: حكم من أعار أرضًا ليبني فيها أو يغرس.
- المسألة الثالثة: رد العارية.

المسألة الأولى: هل العارية[1] مضمونة أو أمانة[2].

مذهب الحنفية: العارية أمانة لا يضمنها المستعير إلا بالتعدي وهل يضمن بالشرط؟

اختلفوا على قولين الأول: يضمن. والثاني: لا يضمن[3].

أما المذهب الشافعي: كل عارية مضمونة على المستعير وإن تلفت بغير فعله، وأما الأجزاء فغير مضمونة عندهم مع بقاء الأصل إذا تلفت بالاستعمال، إلا إذا شرط عدم الضمان فلا يضمن.

وأما إذا أتلفت جملة بعد ذلك ففيه قولان: المذهب أنه يضمن القيمة يوم التلف، ولا يضمن الأجزاء. والقول الثاني: يضمن الأجزاء معها[4].

نص القدوري «قالوا:لوكان مقتضاها الأمانة لم يضمن بالشرط،كما لا يضمن الوديعة بالشرط.قلنا: الوديعة يمسكها لمنفعة صاحبها، فلا يجوز أن يضمنها ولو ضمنها دفع بالضمان فلا معنى لإثباته، والعارية يمسكها لمنفعة يختص بها فيصح إن شرط ضمانها؛

---

(١) العارية لغة: أصلها العور. وهي منسوبة إلى العارة وهو اسم من الإعارة لأن طلبها عار وعيب. انظر: اللسان(٤/ ٦١٩) وشرعاً: تمليك المنافع مجانا. وهي أمانة في يد المستعير في حالة الاستعمال المأذون فيه بالإجماع. انظر: الدر المختار(٥/ ٦٧٧).

(٢) التجريد(٧/ ٣٢٦٣).

(٣) اختلف مشايخ الحنفية هل العارية تضمن بالشرط؟ كقول الرجل للآخر أعرني ثوبك، فإن ضاع مني فأنا ضامن، فجاء في المبسوط "فقال أبو سعيد البردعي بضمانه لاشتراطه، والمسلمون على شروطهم، وذكر ابن رستم عن محمد أنها لا تضمن، وذكر البقالي عن محمد أنه تأول حديث صفوان على شرط الضمان، وهو ما روى همام بن عطاء عن صفوان عن أبيه قال: " قال رسول الله: إذا أتاك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا، قال: قلت يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة. قال: بل مؤداة ". ذكره أبو داود". انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ١٣٤-١٣٥)، و بدائع الصنائع(٦/ ٢١٧-٢١٨).

(٤) انظر: الأم(٣/ ٢٤٤-٢٤٥)، المهذب(١/ ٣٦١).

لأنه إذا ضمن لم يرجع بالضمان فكان في شرطه فائدة»[1].

بيانه: قاس الشافعية عدم ضمان العارية بالشرط على عدم ضمان الوديعة بالشرط لأن كليهما كان مقتضاها الأمانة فلم يضمن بالشرط.

ومنع القدوري ذلك وعلله بأن الوديعة يمسكها لمنفعة صاحبها، فلا يجوز أن يضمنها ولو ضمنها دفع بالضمان فلا معنى لإثباته، أما العارية يمسكها لمنفعة يختص بها فيصح إن شرط ضمانها؛ لأنه لم يرجع بالضمان فكان في شرطه فائدة.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الوديعة معنى غير موجود في العارية وهو الإمساك لمنفعة صاحبها.

(١) انظر: التجريد(٧/ ٣٢٨١-٣٢٨٢).

المسألة الثانية: حكم من أعار أرضًا ليبني فيها أو يغرس[1].

رأى الحنفية أنه إذا أعاره أرضًا ليبني فيها أو يغرس، فبنى وغرس، وقد أطلق العارية فله الرجوع ومطالبته بقلع البناء والغراس، ولا ضمان عليه.

وإن وَقت العارية - أي جعل لها وقت معين يسلم المستعير فيه العين لصاحبها - فرجع قبل مضي الوقت كان له المطالبة بالقلع، ويضمن النقصان، وإن مضت المدة فطالبه بالقلع فليس عليه ضمان، وكذلك الإجارة إذا نقضت وفي الأرض غراس أو بناء، فله المطالبة بالقلع، ولا ضمان عليه[2].

ورأى الشافعي أنه إذا كانت العارية مطلقة لم يقلع إلا بشرط الضمان، وكذلك إن كانت مؤقتة فمضت المدة[3].

نص القدوري«قالوا: غرس مأذون فيه له بشرط قلعه،فوجب أن لا يجبر على قلعه على وجه يضر بغارسه، كما لو أعاره للغراس سنة فطالبه بالقلع قبل مضيها. قلنا: هناك لما سمى له المدة والظاهر أنه يفي بوعده، فصار غارًا بذلك فلزمه الضمان، فأما إذا مضت المدة فلا غرر؛ لأنه قدَّر له مدة الانتفاع، وعلم أنه قدَّر له ذلك ليخص العارية به»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم إجبار المستعير قلع غراسه على وجه يضر بغرسه على عدم إجبار المستعير ما لو أعاره للغراس سنة، فطالبه بالقلع قبل مضيها لأن كلا منهما غرس مأذون فيه له بشرط قلعه.

ونازعه القُدوري في قياسه فذكر أن المعنى في إعارته للغراس سنة أنه سمى له المدة والظاهر أنه يفي بوعده، فصار غارًا بذلك فلزمه الضمان، فأما إذا مضت المدة فلا غرر؛

(١) التجريد(٧/ ٣٢٩٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ١٤١)، وبدائع الصنائع(٦/ ٢١٦-٢١٧).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٣٦٤-٣٦٥).

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٢٩٤).

لأنه قدَّر له مدة الانتفاع، وعلم أنه قدَّر له ذلك ليخص العارية به، بخلاف هذه المسألة لم يُسمِّ له المدة فليس غارا بذلك.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الإعارة سنة معنى غير موجود في الإعارة بدون تحديد وهو تسمية المدة.



المسألة الثالثة: رد العارية[1].

مذهب الحنفية: إذا رد العارية إلى منزل صاحبها كما لو كانت دابة فردها إلى إصطبله أو إلى عبده أو إلى زوجته كان ذلك ردًا صحيحًا ولم يلزمه الضمان[2].

المذهب الشافعي: لا يبرأ حتى يردها إلى يد مالكها أو وكيله[3].

نص القدوري« احتجوا: بأن ما وجب رده وجب رده على مستحقه أو من هو في مقامه بوكالة أو ولاية. ولأنه في منزله. أصله : الوديعة ومال المضاربة والمال الذي في يد الشريك والوصيِّ والمسروق والمغصوب.قلنا: الرد يُعتبر فيه العادة، والودائع لم تجر العادة بردها إلى البيوت، وإنما ترد إلى المالك، والعواري قد جرت العادة بردها إلى منزل صاحبها وبرد الدواب إلى إصطبلها، فوجب أن تعتبر العادة في كل واحد من الأمرين»[4].

بيانه:قاس الشافعية مذهبهم هذا على وجوب رد الوديعة ومال المضاربة والمال الذي في يد الشريك والوصيِّ والمغصوب والمسروق بجامع أن ما وجب رده وجب رده على مستحقه أو من هو في مقامه بوكالة أو ولاية ولأنه في منزله.

قدح القدوري هذا بالفرق فذكر أن الرد يُعتبر في العادة، كما أن الودائع لم تجر العادة بردها إلى البيوت، وإنما ترد إلى المالك، أما العواري قد جرت العادة بردها إلى منزل صاحبها وبرد الدواب إلى إصطبلها، فوجب أن تعتبر العادة في كل واحد من الأمرين.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في العارية مانع غير موجود في الوديعة وهو أن العادة الرد إلى منزل المالك.

---

(١) التجريد(٧/ ٣٢٩٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٢١٨).

(٣) انظر: الأم(٣/ ٢٤٥).

(٤) التجريد(٧/ ٣٢٩٧).

المطلب الحادي عشر: في التطبيقات الفقهية في كتاب الغصب

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: خرق الثوب.
- المسألة الثانية: حكم قطع يدي العبد.
- المسألة الثالثة: حكم زيادة العين المغصوبة.
- المسألة الرابعة: ضمان منافع العين المغصوبة.
- المسألة الخامسة: ولد الجارية المغصوبة.

المسألة الأولى: خرق الثوب[1].

يرى الحنفية أنه إذا خرق الشخص ثوبًا لغيره خرقًا كبيرًا فصاحبه بالخيار إن شاء ضمَّنه قيمة الثوب، ويسلم إليه الثوب وإن شاء أمسكه وضمَّنه النقصان، وإن ذبح شاة فهي مثله في رواية الأصل[2].

وروى الحسن عن أبي حنيفة في الشاة: إذا ذبحها إن شاء ضمَّنه قيمتها وسلَّمها إليه، وإن شاء أخذها ولا شيء له[3].

المذهب الشافعي: يضمِّنه القيمة ولا يضمِّنه النقصان[4].

نص القدوري«احتجوا :بأنه أتلف جزءًا معينًا بجناية استقر أرشها، فوجب أن لا يجب على الجاني إلا أرشها، أصله: الجناية اليسيرة. الجواب..... والمعنى فيها أنَّ أرشها يجوز أن يدخل بين تقويم المقومين، فلا ينتقل استدراك الحق بالمطالبة بالبدل.

---

(١) التجريد(٧/ ٣٣٠٣). والخرق لغة: من خَرَق، وهو الفرجة وجمعه: خروق، وخرقْتُ الثوب: إذا شَقَقْتُه، والخرق الكبير أو الفاحش ضد اليسير. انظر: اللسان(١٠/ ٧٣). شرعا: قيل: ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما دونه يسير والصحيح: أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل في نقصان المنفعة. انظر: تبيين الحقائق(٥/ ٢٢٩).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ٨٦)، وبدائع الصنائع(٧/ ١٥٨)، و لهداية شرح البداية(٤/ ١٦-١٧)، وتبيين الحقائق(٥/ ٢٢٨-٢٢٩).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ٨٦)، و بدائع الصنائع(٧/ ١٥٨).

(٤) ورد في المهذب(١/ ٣٦٩) إذا خرق ثوبا لغيره خرقا كبيرا رده ورد معه أرش ما نقص لأنه نقصان عين في يد الغاصب نقصت به القيمة فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب. وهذا القول خلاف لما ذكره الماوردي في الحاوي من تضمين القيمة وعدم ضمان النقصان، وهذا ما ذكره القدوري في التجريد. انظر: الحاوي لأبي الحسن علي بن محمد البغدادي الماوردي دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٤١٤هـ (٧/ ١٣٦-١٣٨)، والتجريد(٧/ ٣٣٠٤).

وهـذا لا يوجـد في العيـب الكبـير؛ لأنـه لا يـدخل بـين تقـويم المقـومين، فتـيقَّن أنـه يستدرك حقا بأخذ البدل، فكذلك ثبت له المطالبة. ولهـذا المعنـى قلنـا: يـرد المبيـع بالعيـب اليسير ولا يرد المهر به))[1].

بيانه: قاس الشافعية وجوب الأرش - وهو بذل المال بدل عن النقص - إذا خـرق ثوبًا لغيره خرقًا كبيرًا على وجوب الأرش في الجناية اليسيرة بجامع أن كـلا منهما أتلـف جزءًا معينًا بجناية استقر أرشها، فوجب أن لا يجب على الجاني إلا أرشها.

وخالفه القُدوري مُوضِّحًا أن المعنى في الجناية اليسيرة أنَّ أرشها يجوز أن يدخل بين تقويم المقومين، فلا ينتقل استدراك الحق بالمطالبة بالبدل.

أما العيب الكبير فلا يوجد فيه ذلك؛ لأنه لا يدخل بين تقويم المقـومين، فتـيقَّن أنـه يستدرك حقا بأخذ البدل، فكذلك ثبت له المطالبـة ولهـذا المعنـى ذكـر: يـرد المبيـع بالعيـب اليسير ولا يرد المهر به.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الجناية اليسيرة معنى غير موجـود في العيب الكبير وهو الدخول بين تقويم المقومين.



(١) انظر: التجريد(٧/ ٣٣٠٧-٣٣٠٨).

المسألة الثانية: حكم قطع يدي العبد[١].

المذهب الحنفي أنه إذا قطع شخص يدي العبد فالمالك بالخيار إن شاء ضمَّنه جميع القيمة وسلم العبد إليه وإن شاء أمسك العبد ولا شيء له[٢].

والمذهب الشافعي: يمسك العبد ويأخذ جميع قيمته[٣].

نص القدوري «قالوا: كل عضوين يجب في كل واحد منهما على الانفراد أرش، فوجب فيهما معًا أرش كل واحد كالإصبعين ويدي الحر. قلنا: الواجب بإحدى اليدين بعض بدل الجملة وذلك لا يجوز أن يجب في أبعاض المملوكات، فأما الحر فدليلنا؛ لأن الدية لما وجبت في يديه لم يؤثر في نقصان بدل نفسه» [٤]

بيانه: قاس الشافعية إيجاب الأرش في كل واحد من عضوي العبد معًا على إيجاب الأرش في كل واحد من الإصبعين ويدي الحر لأن كليهما عضوان يجب في كل واحد منهما على الانفراد أرش، فوجب فيهما معًا أرش كل واحد.

ومنع القدوري هذا بالفرق بأن المعنى في إصبعين أو يدي الحر أن الواجب بإحدى اليدين بعض بدل الجملة (أي الدية)؛ لأن الدية لما وجبت في يديه لم يؤثر في نقصان بدل نفسه، بخلاف عضوين العبد، فالواجب في أبعاض المملوكات القيمة لا البدل (الدية).

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في إصبعي الحر معنى غير موجود في إصبعي العبد وهو وجوب بعض بدل الدية.



(١) التجريد(٧/ ٣٣٠٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٣١٣)، و الهداية شرح البداية(٤/ ١٦)، وقد خالف الإمامان أبو يوسف ومحمد قول أبي حنيفة فذهبا إلى أنه إذا قُطعت يدا العبد فالمالك بالخيار إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته.

(٣) انظر: المهذب(١/ ٣٦٩).

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٣١٢).

المسألة الثالثة: حكم زيادة العين المغصوبة[1].

ذهب الحنفية في هذه المسألة إلى ثلاثة مذاهب الأول: عدم ضمان الزيادة، إذا زادت العين المغصوبة في يد الغاصب ثم نقصت، وإن استهلك الغاصب هذه الزيادة[2].

الثاني: لا تضمن الزيادة إلا أن يكون الاستهلاك قتلاً.

الثالث: رواه محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه تضمن الزيادة بالاستهلاك[3].

أما الشافعي ذهب إلى أنه إذا غصب جارية تساوي مائة فزادت في يده بالتعليم أو بالسمن حتى صارت تساوي ألفا ثم نقصت حتى صارت تساوي مائة، فإنه يأخذها وتسعمائة معها كما لو غصبها وهي تساوي ألفا فنقصت[4].

نص القدوري «قالوا: كل ما يضمنه المشتري من الغاصب المغصوب منه ضمن الغاصب له، أصله الزيادة الموجودة حال الغصب. قلنا: المشتري من الغاصب قبض الثمن زائدة، فضمن الزيادة بغصبه، وأما الغاصب فلم يغصب هذه الزيادة فلم يضمن بالغصب ما لم يغصبه»[5].

بيانه : افترض القدوري قياساً من قبل الشافعية فقال: أنه لو قاس ضمان الغاصب للزيادة التي بعد الغصب على ضمان المشتري من الغاصب الزيادة الموجودة حال الغصب في المغصوب منه بجامع أن كل ما يضمنه المشتري من الغاصب المغصوب منه ضمنه الغاصب.

(١) التجريد(٧/ ٣٣١٩).

(٢) أورد صاحب الهداية إضافة على هذا القول فذكر إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه فإنه يضمن. انظر: الهداية شرح البداية(٤/ ١٩).

(٣) انظر: الجامع الصغير(١/ ٤٦٨)، و بدائع الصنائع(٧/ ١٦٥).

(٤) انظر: مختصر المزني(ص/ ١١٧)، و المهذب(١/ ٣٧٠).

(٥) انظر: التجريد(٧/ ٣٣٢٣).

وقدح هذا القياس بالفرق بأن المشتري من الغاصب دفع الثمن زائدًا وقبض السلعة بالزيادة، فيضمن الزيادة بغصبه، وأما الغاصب فلم يغصب هذه الزيادة فلم يضمن بالغصب ما لم يغصبه.

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في المشتري معنى غير موجود في الغاصب وهو دفع الثمن زائد والقبض بالزيادة.

المسألة الرابعة: ضمان منافع العين المغصوبة[1].

لا يضمن الغاصب على مذهب أصحاب أبي حنيفة منافع العين المغصوبة إذا تلفت في يده أو استوفاها[2]. وقيل يضمن إن نقصت باستعماله.

وتضمن المنافع عند الشافعي[3].

نص القدوري« قالوا: كل ما يضمن المسمى في العقد الصحيح يضمن بالغصب كالأعيان. ولا يلزم منفعة الحر ؛ لأنه يضمن بالغصب إذا أكرهه على العمل. قلنا:.... والمعنى في الأعيان أنها إذا ملكت كان بدلها لمالكها، والمنافع تُمَلَّك ثم يستحقُّ بدلَها غيرُ مالكها، بدلالة أن الزوجة إذا وُطئَت بشبهة كان المهر لها ولم يستحقه الزوج المالك لمنافع بضعها....أو نقول الأعيان لا توجد مملوكة إلا وحق الغرماء يجوز أن يتعلق بها ، والمنافع قد توجد فلا يتعلق حق الغرماء بها، وهي منافع المديون فلذلك لم تضمن بالغصب»[4].

بيانه: قاس الشافعية ضمان منافع العين المغصوبة على ضمان منافع الأعيان بجامع أن كلا منهما يضمن المسمى في العقد الصحيح فيضمن بالغصب.

ولم يسلم القُدوري لقياس الشافعي، ففرق بين المقيس والمقيس عليه، فذكر أن المعنى في الأعيان أنها إذا ملكت كان بدلها لمالكها، وأما المنافع فتُمَلَّك ثم يستحقُّ بدلَها غيرُ مالكها، بدلالة أن الزوجة إذا وُطئَت بشبهة كان المهر لها ولم يستحقه الزوج المالك لمنافع بضعها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الأعيان معنى غير موجود في المنافع وهو أنه إذا ملكت كان البدل لمالكها.

(١) التجريد(٧/ ٣٣٢٥).

(٢) انظر: الهداية شرح البداية(٤/ ٢٠)، والمبسوط للسرخسي(١١/ ٧٨).

(٣) انظر: الأم(٣/ ٢٥٤)، المهذب(١/ ٣٧٠).

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٣٢٩-٣٣٣٠).

وفرق آخر أن الأعيان لا توجد مملوكة إلا وحق الغرماء يجوز أن يتعلق بها ، أما المنافع فقد توجد فلا يتعلق حق الغرماء بها، وهي منافع المديون فلذلك لم تضمن بالغصب.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المنافع معنى غير موجود في الأعيان وهو وجود التملك.

المسألة الخامسة: ولد الجارية المغصوبة[1].

رأى الحنفية أنه إذا غصب امرؤٌ جارية فولدت في يده لم يضمن الولد إلا أن ينقله أو يطالبه مالكه فيمنعه[2].

ويرى الشافعي: ضمان الولد له[3]. وذُكر في المهذب: لا يضمنه إلا أن تضعه حيًا ثم يموت، وقال بعضهم: يضمنه بقيمته إن كان حيا[4].

نص القُدوري«قالوا:كل ما ضمن به الولد منفصلاً ضمن به متصلاً،كأخذ المحرم الصيد. قلنا:... ولأن ولد الصيد مضمون لحق الله تعالى، وقد طلب إزالة يده عنه فضمن بترك إزالة اليد مع المطالبة، وولد المغصوبة يضمن لحق الآدمي ولم يوجد من جهته مطالبة بالرد، فلم يضمن.....ولأن الصيد يضمن بالأسباب عندنا قبل الدلالة فجاز أن يضمن بالسبب الذي هو غصب الأم، وضمان مال الآدمي لا يضمن بالسبب الذي هو الدلالة كذلك لا يضمن بحصول يده على الأم فتبين الفرق بينهما،إذ المالك لو أتلف المغصوب في يد الغاصب لسقط الضمان.ولو أمات الله تعالى الصيد في يد المحرم لم يسقط ضمانه،وإن كان الإتلاف بفعل الآدمي المالك»[5].

بيانه: جعل الشافعية ضمان ولد الجارية المغصوبة مقيسًا على ضمان ولد الصيد إذا أخذ المُحْرِمُ الصيد بجامع أن كلا منهما ضمن به الولد منفصلاً فضمن به متصلاً.

---

(١) التجريد(٧/ ٣٣٣٥).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ٥٤)، والهداية شرح البداية(٤/ ١٩)، وتبيين الحقائق(٥/ ٢٣٢).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٣٧٠).

(٤) وهو قول المروزي وإن ألقت الجارية الولد ميتا ففيه وجهان: أحدهما: أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع كما لو كان حيا، لأنه غصبه بغصب الأم فضمنه بالتلف كالأم. الثاني: أنه لا يضمنه وهو قول أبي إسحاق المروزي. انظر: المهذب(١/ ٣٧٠).

(٥) انظر: التجريد(٧/ ٣٣٣٧-٣٣٣٨).

وفرَّق القُدوري بينهما بأن ولد الصيد مضمون لحق الله تعالى، وقد طلب إزالة يده عنه فضمن بترك إزالة اليد مع المطالبة، أما ولد المغصوبة فيضمن لحق الآدمي ولم يوجد من جهته مطالبة بالرد فلم يضمن.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في ولد الصيد معنى غير موجود في ولد المغصوبة وهو الضمان لحق الله تعالى.

وذكر فرقًا آخر فقال: إن الصيد يضمن بالأسباب عندنا وهي الدلالة فجاز أن يضمن بالسبب الذي هو غصب الأم، أما ضمان مال الآدمي لا يضمن بالسبب الذي هو الدلالة كذلك لا يضمن بحصول يده على الأم فتبين الفرق بينهما.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الصيد معنى غير موجود في مال الآدمي وهو الضمان بالأسباب.



المطلب الثاني عشر: في التطبيقات الفقهية في كتاب الشُفعة

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: الجوار سبب الشفعة.
- المسألة الثانية: طلب الشفعة.
- المسألة الثالثة: حكم ما إذا كان بدل الشقص صداق امرأة أو خلعًا أو إجارةً أو صُلْحَ دمٍ عمدٍ وغيرها.
- المسألة الرابعة: بِمَ يأخذ الشفيع إذا اشترى المشتري الشقص بثمن مُؤَجَّل؟
- المسألة الخامسة: هل تسقط الشفعة بموت الشفيع؟.



المسألة الأولى: الجوار سبب الشفعة[1].

أوجب الحنفية الشفعة للجار بالجوار[2].

أما الشافعي فصرَّح بأن لاشفعة للجار[3].

نص القُدوري«قالوا: ما لا يجب فيه إذا ملك بعقد النكاح لم تجب إذا ملك بعقد البيع. كالعروض. قلنا: المعنى في سائر الأموال أن الشركة فيها لا تؤدي إلى المجاورة، وليس كذلك المقسوم؛ لأن الشركة فيه تؤدي إلى المجاورة.

ولأن سائر الأموال لا يُخشى فيها التَّأذي على وجه الدوام، والمقسوم يخشى فيه التأذي على وجه الدوام»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم الشفعة للجار على عدم الشفعة في العروض بجامع أن كلا منهما لا تجب فيه (الشفعة) إذا ملك بعقد النكاح - كأن تكون مهرا- فلم تجب إذا ملك بعقد البيع.

ونازعه القُدوري بالفرق فذكر أن الشركة في سائر الأموال لا تؤدي إلى المجاورة، وليس كذلك المقسوم؛ لأن الشركة فيه تؤدي إلى المجاورة.

وأيضًا سائر الأموال لا يُخشى فيها التَّأذي على وجه الدوام، والمقسوم يخشى فيه التأذي على وجه الدوام.

---

(١) التجريد(٧/ ٣٤٢٣). والشفعة لغة: هي الزيادة من باب (نفع) شَفَعْتُ السيء: ضَمَمْتَه إلى الفرد، وشَفَعْتُ الركعَة: جعلتَها اثنتين، والشفعة اسم للملك المشفوع، مثل اللقمة اسم للشيء الملقوم وهي في كل ما يُقسَم. انظر: اللسان(٨/ ١٨٤).

والشفعة في الاصطلاح: عبارة عن حق التملك في العقار ودفع ضرر الجوار. انظر: تبيين الحقائق(٥/ ٢٣٩).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٤/ ٩١)، و بدائع الصنائع(٥/ ٤)، و الهداية شرح البداية(٤/ ٢٤).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٣٧٧).

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٤٤١).

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المقسوم مانع غير موجود في سائر الأموال وهو أن الشركة فيه تؤدي على المجاورة، ولا يخشى فيه التأذي.

ويجاب على القُدوري بأن المقسوم يقع فيه التأذي؛ لأن العلة في جواز الشفعة لغير الجار أن شريك الجار يتأذى بسبب مقاسمته للجار فيتضرر بنقصان قيمة الملك، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم لأنه محدد.



المسألة الثانية: طلب الشفعة[1].

عند الحنفية ظاهر رواية الأصل: أن طلب الشفعة على الفور، ورُوي عن محمد أنه على المجلس ولم يحكِ خلافا[2].

المذهب الشافعي: له أربعة أقوال: أحدها: على الفور(أي في المجلس).

الثاني: ثلاثة أيام. الثالث: على التأبيد، إلا أن للمشتري مطالبة الشفيع أن يأخذ أو يسقط حقه.

الرابع: أنه على التأبيد كحق القصاص، وليس على المشتري مطالبة الشفيع بالأخذ أو الإسقاط[3].

نص القُدوري «قالوا: خيار جُعِل لإزالة الضرر عن الإنسان من ماله، فوجب أن لا يختص بالمجلس.كالرد بالعيب.قلنا: الرد بالعيب حق تعلق بسبب مستقر بدلالة أن المشتري وجب له على البائع تسليم المبيع بجميع أجزائه، فلم يسلم ما وجب عليه والحق إذا تعلق بسبب مستقر لم يختص بالمجلس، وفي مسألتنا: تعلق الحق بسبب لم يستقر ـ فهو كخيار المخيرة وتسليم ثمن الصرف ورأس مال السلم ـ فيختص بالمجلس»[4].

بيانه:قاس الشافعية اختصاص الشفعة بالمجلس فقط على الرد بالعيب بجامع أن كلا منهما خيار جُعِل لإزالة الضرر عن الإنسان من ماله، فوجب أن لا يختص بالمجلس.

والفرق الذي ذكره القدوري أن الرد بالعيب حق تعلق بسبب مستقر بدلالة أن

(١) التجريد(٧/ ٣٤٤٣).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ١١٦-١١٧)، و بدائع الصنائع(٥/ ١٧).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٣٧٩-٣٨٠). وذكر فيه أنه نص في (اختلاف العراقيين) - وهو كتاب للإمام الشافعي مطبوع مع الأم - على أنه إذا أسقطها فله أن يرجع في مجلسه ويطالب بها. قال ابن شريح: وفيه وجه آخر: أنه لا يطالب بعد الإسقاط.

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٤٤٦).

المشتري وجب له على البائع تسليم المبيع بجميع أجزائه، فلم يسلم ما وجب عليه والحق إذا تعلق بسبب مستقر لم يختص بالمجلس، وهنا تعلق الحق بسبب لم يستقر فهو كخيار المخيرة وتسليم ثمن الصرف ورأس مال السلم فيختص بالمجلس.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الرد بالعيب معنى غير موجود في الشفعة وهو تعلق الحق بسبب مستقر.



المسألة الثالثة: حكم ما إذا كان بدل الشقص[1] صداق امرأة أو خلعًا أو إجارة أو صلح دم عمد وغيرها[2].

مذهب الحنفية: إذا تزوجها على شَقْصٍ أو خالع به أو استأجر به أو صالح به من دم عمد فلا شفعة فيه[3].

وأوجب الشافعي: الشفعة في هذه المواضع[4].

نص القُدوري«ولأنه ليس في مقابلته عوض هو مال كالهبة، أو ليس في مقابلته عوض يورث كالهبة.فإن قيل: المعنى في الهبة أنه ملكها بغير العوض.وفي مسألتنا ملك بمعاوضة ما تقبل الشفعة. قلنا: الهبة والوصية مملوكة بعوض هو الثواب، فعلَّة الأصل غير مسلمة وعلة الفرع لا تصح، لأن العوض إذا لم يكن له حكم الأموال جرى مجرى العوض الذي هو الثواب فلم توجد الشفعة»[5].

بيانه: قاس القُدوري مذهبهم في عدم الشفعة في هذه المسألة على عدمها في الهبة بجامع أن كلا منهما ليس في مقابلته عوض هو مال أو ليس في مقابلته عوض يورث.

ثم افترض قادحًا بالفرق فقال: فإن قيل: المعنى في الهبة أنه ملكها بغير عوض وفي هذه المسألة ملك بمعاوضة ما تقبل الشفعة[6]، فأجاب بأن الهبة والوصية مملوكة بعوض

(١) المقصود بالشقص طائفة من الشيء أو قطعة من الأرض وأعطاه شقصاً من ماله أي نصفاً من ماله. انظر: اللسان(٧/ ٤٨).

(٢) التجريد(٧/ ٣٤٤٧).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (٥/ ٧٨)، و(١٤/ ١٤٤-١٤٥)، و الهداية شرح البداية(٤/ ٣٥)، و تبيين الحقائق(٥/ ٢٥٣).

(٤) انظر: المهذب(١/ ٣٧٩)، و روضة الطالبين للنووي(٥/ ٧٨).

(٥) انظر: التجريد(٧/ ٣٤٤٧-٣٤٤٨).

(٦) ذُكِرَ هذا القدح بالفرق لدي الماوردي في كتابه الحاوي انظر: الحاوي (٧/ ٢٤٩).

هو الثواب، فعلَّة الأصل غير مسلمة وعلة الفرع لا تصح، لأن العوض إذا لم يكن له حكم الأموال جرى مجرى العوض الذي هو الثواب فلم توجد الشفعة.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الشفعة مانع غير موجود في الهبة وهو الملك بعوض.

ويجاب عليه بأن العوض هنا بحكم الأموال لأن له حرية التصرف بها بعد ثبوتها فتوجد الشفعة.



المسألة الرابعة: بم يأخذ الشفيع إذا اشترى المشتري الشقص بثمن مؤجل؟[1].

مذهب الحنفية: إذا اشترى بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار إن شاء أخذ بثمن حال وإن شاء يدع فإذا مضى الأجل أخذها[2].

المذهب الشافعي له قولان: قديم وجديد. في الجديد مثل قول الحنفية، وفي القديم: يأخذها بثمن مؤجل فإن كان الشفيع غير ملئ - أي: ليس بغني - طالبه تكفيل نفسه[3].

وقيل: يأخذها بسلعة تساوي ذلك الثمن بمثل ذلك الأجل[4].

نص القُدوري«قالوا: أحد صفتي الثمن فكان للشفيع الأخذ بها كالحلول. قلنا: الأخذ بالحال لا يؤدي إلى الإضرار بالمشتري؛ والأخذ بالأجل إضرار به، لأن ماله يتأجل بغير اختياره»[5].

بيانه : استدل الشافعية على أخذ الشفيع بثمن مؤجل بأخذ الشفيع بالحال بجامع أن كلا منهما أحد صفتي الثمن فكان للشفيع الأخذ بها.

وفرَّق القدوري بأن الأخذ بالحال لا يؤدي إلى الإضرار بالمشتري، أما الأخذ بالأجل إضرار به لأن ماله يتأجل بغير اختياره.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الثمن المؤجل مانع غير موجود في الحال وهو الإضرار.



(١) التجريد(٧/ ٣٤٥٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٤/ ١٠٣)، و الهداية شرح البداية(٤/ ٣٢).

(٣) انظر: الحاوي(٧/ ٢٥٣)، وذكر في المهذب قولاً ثالث للشافعي وهو: أنه يأخذه بسلعة تساوي مائة إلى الأجل. انظر: المهذب للشيرازي(١/ ٣٧٨-٣٧٩).

(٤) انظر: المهذب(١/ ٣٧٩).

(٥) انظر: التجريد(٧/ ٣٤٥٢-٣٤٥٣).

المسألة الخامسة: هل تسقط الشفعة بموت الشفيع[1]؟

جواب الحنفية: تسقط شفعته ولا تنتقل إلى وارثه[2].

وعند المذهب الشافعي: تُنقل إلى وارثه[3].

نص القُدوري«قالوا: خيار ثابت لدفع الضرر عن ماله، فوجب أن يقوم الوارث مقام مورثه فيه، كخيار العيب.قلنا: لا نسلم أنه خيار ثابت على ماقدمنا، ولأن خيار العيب يثبت للمشتري وبعد موته يسبق فيه الوارث، ألا ترى أنه إذا تعذر الرد أخذ الأرش، وقضيت منه ديونه، ونفذت وصاياه، فلذلك لم يؤتر الموت فيه.وخيار الشفعة لا يسبق فيه الوارث للميت، بدلالة أنه لا يقضي بالشقص ديونه؛ ولا ينفذ فيه وصاياه، فعُلِمَ أن الوارث يأخذ لنفسه ولم يثبت له هذا الحق بالعقد فلا يثبت بعده»[4]

بيانه:جعل الشافعية مذهبهم مقيسًا على نقل خيار العيب إذا مات المخير إلى وارثه بجامع أن كلا منهما خيار ثابت لدفع الضرر عن ماله، فوجب أن يقوم الوارث مقام مورثه فيه.

ونازع القُدوري هذا القياس بالفرق ذاهبًا إلى أن خيار العيب يثبت للمشتري وبعد موته يسبق فيه الوارث، بخلاف خيار الشفعة فلا يسبق فيه الوارث للميت بدلالة أنه لا يقضي بالشقص ديونه ولا ينفذ فيه وصاياه، فعُلِمَ أن الوارث يأخذ لنفسه ولم يثبت له هذا الحق بالعقد فلا يثبت بعده

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في خيارالعيب معنى غير موجود في الشفعة وهو : الثبوت للمشتري وبعد موته يسبق فيه الوارث.

---

(١) التجريد(٧/ ٣٤٦١).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٤/ ١١٦)، و بدائع الصنائع(٥/ ٢٢)، و الهداية شرح البداية(٤/ ٣٨).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٣٨٣)، و روضة الطالبين(٥/ ١٠١)،ومختصر المزني(ص١٢٠).

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٤٦٣).

المطلب الثالث عشر: في التطبيقات الفقهية في كتاب المضاربة

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: المضاربة بثمن السلعة.
- المسألة الثانية: تأقيت المضاربة.
- المسألة الثالثة: تقيد رب المال للعامل في التصرف.
- المسألة الرابعة: نفقة المضارب في السفر.
- المسألة الخامسة: شراء المضارب من يعتق عليه.

المسألة الأولى: المضاربة[١] بثمن السلعة[٢].

رأي الحنفية أنه إذا دفع شخص إلى آخر ثوبًا، وقال: بعه واعمل بثمنه مضاربة جاز[٣]. وعند الشافعي لا يجوز[٤].

نص القُدوري«احتجوا: بأن المضاربة لا تنعقد على مال مجهول، فلا تتعلق بشرط.كالبيع. قلنا:...ولأن المقصود من البيع الملك، وذلك لا يقف على شرط فلم يقف العقد على شرط، والمقصود بالمضاربة الربح وذلك موقوف على شرط[5] فجاز أن يقف العقد على الشرط»[٦].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز المضاربة بثمن السلعة على عدم جواز البيع بثمنها بجامع أن المضاربة لا تنعقد على مال مجهول فلا تتعلق بشرط.

فاعترض القدوري على هذا القياس بالفرق ذاكرًا أن المقصود من البيع الملك، وذلك لا يقف على شرط فلم يقف العقد على شرط، أما المقصود من المضاربة فالربح

(١) ضَارَبَ فلانٌ لفلان في ماله: إذا اتجر فيه وهو أن تعطي مالا لغيرك يتجر فيه ويكون له ريم معلوم من الربح.. وكأنه مأخوذ من الضرب في الأرض لطلب الرزق، وعلى هذا المعنى يجوز أن يقال للعامل: ضارب لأنه هو الذي يضرب في الأرض. وجائز أن يكون كل واحد من رب المال ومن العمل يسمى مضاربا لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه. انظر: اللسان(١/ ٥٤٤-٥٤٥). و في الاصطلاح: عقد على الشركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر. انظر: البحر الرائق(٧/ ٢٦٣).

(٢) التجريد(٧/ ٣٥٠٧).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي(٢٢/ ٣٦)، وبدائع الصنائع(٦/ ٨٢).

(٤) انظر: مختصر المزني(ص/ ١٢٢)، والمهذب(١/ ٣٨٥).

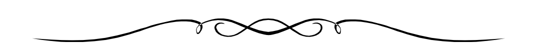
(٥) من المعلوم أن العامل في المضاربة يستحق الربح بالشرط، ولذا فمقدار المشروط يكون له حتى ولو قال رب المال: ضاربني على الثلث أو الربع. يفهم منه أن المشروط للعامل وليس لرب المال؛ لأن رب المال يستحق برأس ماله.

(٦) انظر: التجريد(٧/ ٣٥٠٨).

وذلك موقوف على شرط فجاز أن يقف العقد على شرط.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في البيع معنى غير موجود في المضاربة وهو الملك.

وهذا كلام غلبت عليه الصناعة ولا يثبت عند التحقيق، فلو أجزنا ما قاله القدوري من المضاربة لنشأت مشكلة أخرى هي: ما هو نصيب رب المال؟ وما هو نصيب العامل؟ فالعقد مبناه على الغرر والغرر يُبطل العقود اتفاقاً.



المسألة الثانية: تأقيت المضاربة[1].

مذهب الحنفية: إذا وَقَّتَ المضاربة جاز[2].

المذهب الشافعي: لا يجوز أن يقارض - والقِراضُ المضاربة على لغة أهل الحجاز- إلى مدة[3].

قال بعض الشافعية: إن قال: قارضتك سنة فلا تبع ولا تشترِ أو تشتري ولا تبيع، فالقراض باطل. وإن قال: على أنك بعد السنة لا تشتري و لك أن تبيع؛ فهو جائز[4].

نص القدوري«قالوا: عقد غير مؤقت؛ فإذا شرط فيه التوقيت بطل.كالنكاح.

قلنا:....والمعنى في النكاح :أن التوقيت إذا دخل في بعض مقتضاه؛ لم يصح، كذلك في مقتضاه. ولما كان دخول التوقيت في بعض مقتضى المضاربة يصح كذلك فصح في باقيها»[5].

بيانه:جعل الشافعية عدم الجواز في هذه المسألة مقيسًا على عدم جواز تأقيت النكاح بجامع أن كلا منهما عقد غير مؤقت؛ فإذا شرط فيه التوقيت بطل.

واعترضه القُدوري بأن المعنى في النكاح أن التوقيت إذا دخل في بعض مقتضاه لم يصح، كذلك في مقتضاه. أما المضاربة لما صح دخول التوقيت في بعض مقتضاها صحَّ كذلك في باقيها.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المضاربة مانع غير موجود في النكاح وهو صحة دخول التوقيت في بعض مقتضاها.



(١) التجريد(٧/ ٣٥٠٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٩٩)، و الهداية شرح البداية(٣/ ٢٠٥).

(٣) انظر: مختصر المزني(ص١٢٢)، والمهذب(١/ ٣٨٦).

(٤) انظر: المهذب(١/ ٣٨٦).

(٥) انظر: التجريد(٧/ ٣٥١٠).

المسألة الثالثة: تقيد رب المال للعامل في التصرف[1].

في مذهب الحنفية أنه إذا دفع إليه مضاربة على أن لا يشتري سلعة إلا بعينها أو لا يشتري إلا من فلان، جاز[2].

ولا يصح في المذهب الشافعي أن يخص الشراء من واحد أو يخص سلعة بعينها[3].

ويرى أصحاب الشافعي أنه إن عين له شيء معلومًا لا ينقطع من أيدي الناس غالبًا جاز التخصيص - وهو تعيين شيء دون شيء - كالطعام والثياب القطن، وإن عين ما يجوز أن يوجد وأن لا يوجد كلحم الصيد ببغداد، وما يوجد في بعض الزمان كالرطب والعنب لم يجز[4].

نص القُدوري« لنا: أنه إذنٌ في التصرف حال الحياة، فلا يبطله التخصيص بعين من الأعيان،كالوكالة... فإن قيل: الوكالة يجوز أن تقع بالشراء دون البيع وبالبيع دون الشراء فكذلك يجوز أن تختص، والمضاربة لا يجوز أن تقع على الشراء دون البيع فلم يجز أن تختص. قلنا: إذا شرط الشراء دون البيع لم يجز أن يحصل الربح فلم يصح الشرط، ومتى شُرِط الشراء من فلان فيجوز أن يحصل، ويجوز أن لا يحصل فهو كالشراء المطلق الذي يجوز أن يحصل فيه الربح ويجوز أن لا يحصل»[5].

بيانه: قاس القُدوري جواز تقيد رب المال العامل في التصرف على جواز تقيد الموكل للوكيل في الوكالة والجامع أن كليهما إذنٌ في التصرف حال الحياة فلا يبطله التخصيص بعين من الأعيان.

---

(١) التجريد(٧/ ٣٥١٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٤٢)، وبدائع الصنائع(٦/ ١٠٠).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٣٨٦)، و مختصر المزني (ص١٢٢).

(٤) انظر: المهذب(١/ ٣٨٦)، و مختصر المزني(ص١٢٢)..

(٥) انظر: التجريد(٧/ ٣٥١٣-٣٥١٤).

ثم يصفَ القُدوري قادحاً مُفْتَرَضَاً بـالفرق فقـال: فـإن قيـل: الوكالـة يجـوز أن تقـع بالشراء دون البيع وبالبيع دون الشراء فكذلك يجوز أن تختص، والمضاربة لا يجوز أن تقـع على الشراء دون البيع فلم يجز أن تختص. ثم أجاب فذكر أنه إذا شرط الشراء دون البيـع لم يجز أن يحصل الربح فلـم يجـز الـشرط، ومتـى شرط الـشراء مـن فـلان فيجـوز أن يحـصل، ويجوز أن لا يحـصل فهـو كالـشراء المطلـق الـذي يجوز أن يحـصل فيـه الـربح ويجـوز أن لا يحصل.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الوكالة معنى غير موجود في المضربة وهو جواز الوقوع بالشراء دون البيع والعكس.

المسألة الرابعة: نفقة المضارب في السفر[١].

مذهب الحنفية أن نفقة المضارب المسافر في مال المضاربة[٢].

والمذهب الشافعي: نفقته في طعامه، وكسوتُه على نفسه[٣]. وقال المزني: له أن ينفق بالمعروف[٤].

ومن أصحابه من قال لا ينفق من المضاربة قولاً واحدًا، ومنهم من قال على قولين ومقدار ما ينفق على وجهين: أحدهما: جميع ما يكفيه. والآخر: ينفق من المال الزيادة على نفقة الحضر[٥].

نص القُدوري«قالوا: من لا يجوز له أن ينفق من مال الغير في الحضر لا ينفق في السفر، كالأجير.

قلنا: الأجير يستحق بدلاً مضموناً فإذا وثق بسلامة ما رضي به من البدل لم يستحق النفقة، وأما المضارب فيجوز أن يسلم له العوض، ويجوز أن لا يسلم، والإنسان لا يعمل إلا طلبا للمنفعة، فلا نُحَمِّله الإنفاق من ماله لغرض يجوز أن يسلم له ويجوز أن لا يسلم»[٦].

---

(١) المقصود بالسفر هنا السفر المباح حيث هو محل النزاع. انظر: التجريد(٧/ ٣٥١٥).

(٢) النفقة التي للمضارب في حال المضاربة هي عند الحنفية: طعامه وكسوته و دهنه وغسل ثيابه وركوبه في سفره إلى المصر الذي أتاه بالمعروف. انظر: المبسوط للسرخسي(٢٢/ ٦٣)، و تحفة الفقهاء(٣/ ٢٤).

(٣) ذكر القدوري في التجريد(٧/ ٣٥١٥) أن هذا هو مذهب الشافعي في البويطي حيث ذكر في الهامش رقم (٤): " جاء في مختصر البويطي (وليس له أن يأكل ويلبس من القراض في حضر ولا سفر إلا أن يأذن صاحبه) انظر: مختصر البويطي، مخطوط بمكتبة أحمد الثالث بتركيا برقم ١٠٧٨ ورقة ٣٩"، وراجع المهذب(١/ ٣٨٧).

(٤) انظر: مختصر المزني(ص١٢٢).

(٥) انظر: المهذب(١/ ٣٨٧).

(٦) انظر: التجريد(٧/ ٣٥١٧-٣٥١٨).

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز إنفاق المضارب من مال المضاربة في السفر على عدم جواز إنفاق الأجير من مال مؤجره بجامع أن كلا منهما لا يجوز لهما أن ينفقا من مال الغير في الحضر فلا ينفقا في السفر.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن الأجير يستحق بدلا مضمونا فإذا وثق بسلامة ما رضي به من البدل لم يستحق النفقة، أما بالنسبة للمضارب فيجوز أن يسلم له العوض، ويجوز أن لا يسلم والإنسان لا يعمل إلا طلبا للمنفعة، فلا نُحَمِّله الإنفاق من ماله لغرض يجوز أن يسلم له ويجوز أن لا يسلم.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الأجير معنى غير موجود في المضارب وهو استحقاق بدل مضمون.



المسألة الخامسة: شراء المضارب من يعتق عليه[١].

إذا اشترى المضارب من يعتق عليه وليس في المال فضل - أي ربح - صح الشراء[٢]. فإذا ظهر ربح عتق عليه نصيبه وإن اشتراه وفي مال المضاربة فضل فالشراء لنفسه لا للمضاربة هذا مذهب الحنفية[٣].

وقال الشافعي: إذا قلنا أن الربح لا يملك إلا بالمفاصلة لم يعتق بظهور الربح[٤].

وإن قلنا يملك بالظهور فهل يعتق؟ فيه وجهان[٥].

نص القُدوري«احتجوا: بأن ملك المضارب لم يتم فيه ؛ لأن نصيبه وقاية لمال رب المال والكلام إذا لم يتم المال لم يعتق كالمكاتب،إذا ملك أباه.

قلنا: المضارب مالك تام الملك، وإنما يزول ملكه بنقصان المال، وجواز أن يزول الملك بسبب طارئ لا يوجب نُقصان الملك، كما يجوز أن يزول ملك البائع عن الثمن بهلاك المبيع قبل القبض، ولا يدل ذلك على نقصان ملكه فيه، أما المكاتب إذا ملك أباه فإنه يساويه في صفته كما يساوي الحر أباه إذا ملكه»[٦].

بيانه:قاس الشافعية عدم العتق بظهور الربح على عدم عتق المكاتب إذا ملك أباه

---

(١) التجريد(٧/ ٣٥١٩).

(٢) هذا باتفاق العلماء. انظر: الكافي لابن عبدالبر لأبي عمر يوسف بن عبدالله بن عبدالبر القرطبي دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٧هـ الطبعة الأولى(١/ ٣٨٨- ٣٨٩). وإن كان المالكية يجعلون الشراء للمضارب إن كان موسرا، و المهذب(١/ ٣٨٧)، و بدائع الصنائع(٦/ ٩٨)، والمغني لابن قدامة(٢/ ٣٤).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي(٢٢/ ٥٨)، وبدائع الصنائع(٦/ ٩٨).

(٤) خلاف الإمام الشافعي هنا متعلق بالحالة الثانية فقط، وهي إذا ظهر ربح في مال المضاربة. انظر: المهذب(١/ ٣٨٧).

(٥) قال في المهذب: أحدهما: أنه يعتق منه بقدر حصته؛ لأنه ملكه فعتق. والثاني: لا يعتق؛ لأن ملكه غير مستقر لأنه ربما تلف بعض المال فلزمه جبرانه بماله. انظر: المهذب(١/ ٣٨٧)، و مختصر المزني (ص١٢٢).

(٦) انظر: التجريد(٧/ ٣٥١٩-٣٥٢٠).

بجامع أن كلا منهما لم يتم فيه الملك فالمضارب نصيبه وقاية لمال رب المال والكلام إذا لم يتم المال لم يعتق.

وخالف القُدوري بالفرق، فالمضارب مالك تام الملك، وإنما يزول ملكه بنقصان المال، وجواز أن يزول الملك بسبب طارئ لا يوجب نُقصان الملك، كما يجوز أن يزول ملك البائع عن الثمن بهلاك المبيع قبل القبض، ولا يدل ذلك على نقصان ملكه فيه، أما المكاتب إذا ملك أباه فإنه يساويه في صفته كما يساوي الحر أباه إذا ملكه.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المضارب مانع غير موجود في المكاتب وهو مالك تام الملك.



المطلب الرابع عشر: في التطبيقات الفقهية في كتاب العبد المأذون في التجارة

ويشتمل على أربع مسائل:

- المسألة الأولى: استفادة التصرف العام بالإذن الخاص.
- المسألة الثانية: استفادة الإذن عن طريق السكوت.
- المسألة الثالثة: ما يجوز للمأذون من التصرف في المال.
- المسألة الرابعة: رفع الإذن بالهرب.

المسألة الأولى: استفادة التصرف العام بالإذن[1] الخاص[2].

مذهب الحنفية: إذا أذن لعبده في نوع من التجارة؛ جاز أن يتصرف في جميع الأنواع[3].

المذهب الشافعي: لا يجوز أن يتصرف إلا فيما أذن له[4].

نص القُدوري«احتجوا: بأنه تصرف مستفاد بالإذن من جهة الآدمي، فوجب أن يكون مُتصَوَّرا على مقتضى الإذن. أصله المضارب.

قلنا:المضاربة لا يجوز أن يرتفع الإذن فيها إلا في مال رب المال، فجاز أن يتخصص بتخصيصه، والإذن في التجارة يجوز أن يوجد غير مختص بمال المولى، فلما لم يختص بماله لم يتخصص بتخصيصه»[5].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز تصرف العبد إلا فيما أذن له على عدم جواز تصرف المضارب إلا فيما أذن له بجامع أن كلا منهما تصرف مستفاد بالإذن من جهة الآدمي، فوجب أن يكون مُتصَوَّرا على مقتضى الإذن.

وعند القُدوري أن المضاربة لا يجوز أن يرتفع الإذن فيها إلا في مال رب المال، فجاز أن يتخصص بتخصيصه، أما الإذن في التجارة فيجوز أن يوجد غير مختص بمال المولى، فلما لم يختص بماله لم يتخصص بتخصيصه.

---

(١) الإذن لغة: الإطلاق والإباحة. انظر: اللسان(١٣/ ٩-١٠). وأذن له في الشرع: أباحه له، وفي الاصطلاح: الإطلاق في حق التجارة بإسقاط الحجر عنه. انظر: تبيين الحقائق(٥/ ٢٠٤).

(٢) التجريد(٧/ ٣٥٣٥).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٥/ ٥)، و بدائع الصنائع(٧/ ١٩٢).

(٤) انظر: المهذب(١/ ٣٨٩- ٣٩٠)، و مغني المحتاج(٢/ ٩٩- ١٠٠).

(٥) انظر: التجريد(٧/ ٣٥٣٧).

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في المضارب معنى غير موجود في المأذون له وهو اختصاصها في مال رب المال.



المسألة الثانية: استفادة الإذن عن طريق السكوت[1].

مذهب الحنفية: إذا رأى المولى عبده يبيع أو يشتري فلم ينهه كان ذلك إذناً[2].

المذهب الشافعي: لا يكون مأذونا، وبيعُه لِمَا في يده باطل[3].

نص القُدوري«احتجوا: بأنه تصرف يفتقر إلى إذن، فوجب أن لا يقوم السكوت مقام الإذن فيه. أصله :.....وتزوج العبد أو تزوجت الأمة والمولى ساكت.

قلنا:.... وأما التزويج: فلأن العادة جارية أن كل واحد من الزوجين يبحث عن حال الآخر عند العقد فلما لم تبحث المرأة عن إذن المولى وهي المفرطة فلا يكون بالسكوت غارًّا لها، ولم تجر العادة أن يبحث الناس عن حال من يبيع ويشتري إذا جلس في السوق وفتح الدكان، فلما لم ينكر المولى جاز التصرف؛ إذ لو لم يجز تصرفه صار غارًّا للناس والغرور لا يجوز»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم قيام السكوت مقام الإذن على عدم صحة إذا ما تزوج العبد أو تزوجت الأمة والمولى ساكت بجامع أن كلا منهما تصرف يفتقر إلى إذن، فوجب أن لا يقوم السكوت مقام الإذن فيه.

وفرَّق القُدوري بينهما فذكر أن العادة في التزويج: جارية على أن كل واحد من الزوجين يبحث عن حال الآخر عند العقد فلما لم تبحث المرأة عن إذن المولى وهي المفرطة فلا يكون بالسكوت غارًّا لها، أما البيع والشراء فإن العادة لم تجرفيها أن يبحث الناس عن

---

(١) التجريد(٧/ ٣٥٤١).

(٢) قال في بدائع الصنائع(وأما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشتري فلا ينهاه، ويصير مأذونا في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت، وأما في الشراء فيصير مأذونا). انظر: بدائع الصنائع(٧/ ١٩٢)، والمبسوط للسرخسي(٢٥/ ١١).

(٣) به قال زفر. انظر: تبيين الحقائق(٥/ ٢٠٤)، والمهذب(٧/ ٣٨٩)، ومغني المحتاج(٢/ ١٠٠).

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٥٤٢).

حال من يبيع ويشتري إذا جلس في السوق وفتح الدكان، فلما لم ينكر المولى جاز التصرف إذ لو لم يجز تصرفه صار غارًّا للناس والغرور- وهو الخداع والظلم - لا يجوز.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في التزويج معنى غير موجود في البيع والشراء وهو البحث عن حال الآخر عند العقد.



المسألة الثالثة: ما يجوز للمأذون من التصرف في المال[1].

جوَّز الحنفية للمأذون أن يتخذ الوليمة التي يعتادها التجار ويهب الطعام[2].

ولم يجوِّزه الشافعي إلا بإذن المولى[3].

نص القُدوري «بأنه تبرع بمال مولاه فلم يجز بغير إذنه. كما لو وهب الدراهم والثياب.

قلنا: الدراهم والثياب لم تجر عادة التجار بأن يهبوها طلبًا لإصلاح التجارة فلم يملكها المأذون. وأما الطعام: فقد جرت عادة التجار ببذله طلبًا لإصلاح التجارة واختلاف الناس على أن يملكه إذا ملك التجارة»[4].

بيانه: استند الشافعية في مذهبهم إلى عدم جواز ما لو وهب الدراهم والثياب، بجامع أن كلا منهما تبرع بمال مولاه فلم يجز بغير إذنه.

لكنَّ القُدوري قدح هذا بالفرق فذكر أن الدراهم والثياب لم تجر عادة التجار فيها بأن يهبوها طلبًا لإصلاح التجارة فلم يملكها المأذون. أما الطعام فقد جرت عادة التجار ببذله طلبًا لإصلاح التجارة واختلاف الناس على أن يملكه إذا ملك التجارة.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الطعام مانع غير موجود في الدراهم والثياب وهو جريان العادة ببذله طلباً لصلاح التجارة.

ويجاب عليه: أن العادة جرت في بذل الطعام لإصلاح التجارة بين الأحرار لأهليتهم للتبرع دون العبيد؛ لأن السادة أذنوا لهم في شيء فلا يتعدى إلى غيره.

---

(١) التجريد(٧/ ٣٥٤٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٩٧)، و تبيين الحقائق(٥/ ٢٠٨).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٢/ ١٠٠).

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٥٤٤).

المسألة الرابعة: رفع الإذن بالهرب[1].

فرض أبو حنيفة الحجر على المأذون إذا أبق[2].

وعند الشافعي إذنه بحاله[3].

نص القُدوري«قالوا: هربه لا يبطل إذن.كهرب المضارب

قلنا: هرب المضارب لا يُوجب زوالَ يدِ ربِّ المال عن المال المُتَصَرَّف فيه، فلم يتعين التصرف، وإباق العبد يوجب زوال يد المولى عما يقع التصرف فيه، وهو الإذن فلم يجز التصرف بإذنه.فصار وزانه أن يجحد المضارب المال، فلا يجوز تصرفه على المضاربة»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم رفع الإذن بالهرب على عدم رفع إذن المضارب الهارب بجامع أن كلا منهما هربه لا يبطل إذنه.

فاعترض القُدوري على هذا بالفرق مبيِّنًا أن هرب المضارب لا يُوجب زوالَ يدِ ربِّ المال عن المال المُتَصَرَّف فيه، فلم يتعين التصرف، أما إباق العبد فيوجب زوال يد المولى عما يقع التصرف فيه، وهو الإذن فصار وزانه أن يجحد المضارب المال، فلا يجوز تصرفه على المضاربة.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الآبق مانع غير موجود في المضارب وهو زوال يد المولى عما يقع التصرف فيه.



(١) التجريد(٧/ ٣٥٤٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٢٠٧)، و تبيين الحقائق(٥/ ٢١١).والمقصود بأبق : الإباق :هرب العبيد وذهابهم من غير خوف ولا كد عمل. انظر: لسان العرب مادة أبق (ج١٠/ ٣)

(٣) انظر: مغني المحتاج(٢/ ١٠٠)، وهو قول زفر. انظر: تبيين الحقائق(٥/ ٢١١).

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٥٤٥-٣٥٤٦).

المطلب الخامس عشر: في التطبيقات الفقهية في كتاب المساقاة[1]

ويشتمل على مسألة واحدة:

المسألة: حكم المساقاة[2].

أبطل أبو حنيفة التعامل بالمساقاة[3].

وللشافعي قولان: الجديد تجوز في النخل والكرم[4] دون غيرهما. القديم: تجوز في كل شجر له ثمرة[5].

نص القدوري« ولأنه شرط جزءا مما يحدث من ملكه بدلاً عن عمله، فوجب أن يكون باطلاً. أصله.....والغنم إذا عامله راعيها بجزء من أولادها وألبانها.

فإن قيل: الغنم لا يحصل النماء بعمله عليها، وإنما يقربها من العلف ويقرب الفحل منها، ثم يكون الولد من فعل الله.

قلنا: لا نفرق بينهما؛ لأن النخل والكرم يُقرب الماء منهما، كما يُقرب العلف إلى الغنم، أو يُقرب الغنم إلى العلف، ويوقع فعلاً فيها وهو حلابها وجَزُّها، كما يلقح النخل ويقرب الفحل لضرابها فيخلق الله ﷻ الولد، كما يلقح النخل فيخلق الله الثمرة، يقلبها

(١) المساقاة لغة: مفاعلة: من السقي و المساقاة: في النخيل والكرم على الثلث والربع، وما أشبهه. انظر: اللسان (سقى) (١٤/ ٣٩٤). واصطلاحا: دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما أو العقد على العمل ببعض الخارج. انظر: تبيين الحقائق(٥/ ٢٨٤).

(٢) التجريد(٧/ ٣٥٥١).

(٣) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ١٨٥)، وتبيين الحقائق(٥/ ٢٨٤).

(٤) الكرم: العنب. وقد نهى النبي ﷺ عن تسمية العنب بالكرم فقال (لا تقولوا الكرم، فإن الكرم هو المؤمن). انظر: مختار الصحاح للرازي(١/ ٢٣٧)، وصحيح مسلم (٤/ ١٧٦٤).

(٥) انظر: الأم (٤/ ١١)، و مختصر المزني(ص١٢٤)، والمهذب(١/ ٣٩٠).

من حال إلى حال فلا فرق بينهما»[1].

بيانه: قاس القدوري بطلان المساقاة على بطلان الغنم إذا عامله راعيها بجزء من أولادها وألبانها بجامع أن كلا منهما شرط جزءا مما يحدث من ملكه بدلا عن عمله، فوجب أن يكون باطلاً.

ثم قَدَّرَ قادحًا بالفرق فقال: فإن قيل: الغنم لا يحصل النماء بعمله، وإنما يقربها من العلف ويقرب الفحل منها، ثم يكون الولد من فعل الله.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المساقاة مانع غير موجود في الغنم وهو حصول النماء بعمله.

ثم أجاب القدوري عن الفرق الذي قَدَّرَهُ بقوله: ليس هناك فرق بينهما لأن النخل والكرم يُقرب الماء منهما، كما يُقرب العلف إلى الغنم، أو يُقرب الغنم من العلف، ويوقع فعلاً فيها وهو حلابها وجَزُّها[2]، كما يلقح النخل ويقرب الفحل لضرابها - أي نكاحها - فيخلق الله سبحانه وتعالى الولد، كما يلقح النخل فيخلق الله الثمرة، يقلبها من حال إلى حال فلا فرق بينهما.



(١) انظر: التجريد(٧/ ٣٥٥٥).

(٢) المقصود بحلابها : اللبن الذي تحلبه الشاة أو الناقة أوغيرها. والمقصود بجزها: جز الشعر و الصوف ونحوه أي الحلق. انظر : لسان العرب مادة حلب (١٠/ ٣٢٩)، مادة جزز (٥/ ٣٢٠-٣٢١).

المطلب السادس عشر: في التطبيقات الفقهية في كتاب الإجارة

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: فسخ عقد الإجارة بالعذر.
- المسألة الثانية: وقت وجوب الأجرة.
- المسألة الثالثة: انفساخ الإجارة بالموت.
- المسألة الرابعة: تأجير المستأجر العين لصاحبها الذي أجرها له.
- المسألة الخامسة: اشتراط الخيار في عقد الإجارة.



المسألة الأولى: فسخ عقد الإجارة[1] بالعذر[2].

تنفسخ الإجارة عند الحنفية بالعذر ويستوي في الفسخ عذر المؤجر وعذر المستأجر وإن اختلفا في كيفية الأعذار[3].

ولا تنفسخ عند الشافعي إلا بعيب[4].

نص القُدوري«قالوا: عقد معاوضة محضة فإذا لزم من أحد الطرفين مُنع اللزوم منه ولم يمنع من الآخر،كالبيع.

قلنا:... ولأن البيع لا يستحق فيه العذر ما لم يعقد عليه، فلم ينقض العقد بالعذر فيما عقد عليه ، والإجارة يستحق فيها بالعذر ما لم يعقد عليه إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد، كذلك يجوز أن ينقض بالعذر فيما عقد عليه»[5].

بيانه :قاس الشافعية مذهبهم على عدم فسخ البيع إلا بعيب والجامع بين المسألتين أن كلَيهما عقد معاوضة محضة، فإذا لزم من أحد الطرفين مُنع اللزوم منه ولم يمنع من الآخر.

---

(١) الإجارة لغة: اسم للأجرة وهي الجزاء على العمل، ثم اشتهرت في العقد على وجه المجاز المرسل وعلاقته الجزئية. انظر: اللسان(٤/ ١٠-١١). وفي الاصطلاح: عقد على المنافع بعوض أو تمليك منفعة بعوض. انظر: المبسوط للسرخسي(١٥/ ٧٤).

(٢) التجريد(٧/ ٣٥٧١).

(٣) المراد بالعذر الذي يسوغ فسخ الإجارة: هو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد. انظر: تبيين الحقائق(٥/ ١٤٥-١٤٦).

(٤) انظر: الأم (٣٠/٤)، وا هذب(٤٠٥/١). والعيب لغةً: الوصمة. انظر: اللسان(٦٣٣/١)، وشرعاً: ما يؤثر ا نفعة تأث ا يظهر به التفاوت الأجرة لا القيمة؛ لأن مورد العقد ا نفعة. انظر: أس ا طالـب شـرح روض الطالب لشيخ الإسلام/زكريا الأنصاري، دار النشر: دار الكتب العلمية - بـ وت - ١٤٢٢ هـ ـ - ٢٠٠٠م**الطبعة: الأو ، قيق: د. مد مد تامر(٢٠٨/١٢).**

(٥) انظر: التجريد(٧/ ٣٥٧٨).

غير أن القُدوري ذكر أن البيع لا يستحق فيه العذر ما لم يعقد عليه، فلم ينقض العقد بالعذر فيما عقد عليه ، أما الإجارة فيستحق فيها بالعذر ما لم يعقد عليه إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد، كذلك يجوز أن ينقض بالعذر فيما عقد عليه.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الإجارة مانع غير موجود في البيع وهو الاستحقاق فيها بالعذرمالم يعقد عليه.



المسألة الثانية: وقت وجوب الأجرة[١].

لا تجب الأجرة في الإجارة بنفس العقد على مذهب الحنفية وإنما تجب بإيفاء المنفعة - أي: تحصيلها - مما ينفرد بعضها عن بعض بالمنافع فوجب أجر كل جزء من المنفعة عند استيفائه كأجرة الدار[٢]، وإن كان لا ينفرد لم تجب الأجرة بإيفاء جميعها كالقصار[٣] والصباغ[٤] وروي عن محمد أنها تجب بالعقد وجوبًا مؤجلاً[٥].

وعن الشافعي: إذا أطلق العقد استحق الأجرة بالعقد[٦].

نص القُدوري «احتجوا: بأنه عقد يجوز شرط تعجيل العوض فيه، فوجب أن يقتضي إطلاقه تعجيل العوض،كالبيع.

قلنا:..... والمعنى في البيع أنه يمكن تسليم المعقود عليه عقيب العقد، فجاز أن يستحق عوضه بالعقد، والإجارة لا يمكن تسليم المعقود عليه عقيب العقد فلم يجب بدله بالعقد كالعبد الآبق وكربح المضارب»[٧].

بيانه: قاس الشافعية استحقاق الأجير الأجرة بالعقد على استحقاق البائع الثمن بالبيع، فكلاهما عقد يجوز شرط تعجيل العوض فيه، فوجب أن يقتضي إطلاقه تعجيل

(١) التجريد(٧/ ٣٥٨٠).

(٢) وهذا هو رأي الصاحبين، وللإمام فيها قولان: أحدهما يوافق رأي الأصحاب، والآخر وبه قال زفر: لا يستحق شيئا حتى يفرغ من العمل ثم رجع عن هذا الرأي، وقال: أنه يستحق شيئا فشيئا. انظر: المبسوط للسرخسي(١٥/ ١٠٩-١١١)، وبدائع الصنائع(٤/ ٢٠٣)، والبحر الرائق(٨/ ٥).

(٣) القصار: المجور للثياب، لأنه يدقها بالقصرة التي هي القطعة من الخشب. انظر: اللسان(٥/ ١٠٤)، والمبسوط للسرخسي(١٥/ ١١٢-١١٣).

(٤) الصباغ: ما يصطبغ به من ثياب وغيره. انظر: اللسان(٨/ ٤٣٧).

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي(١٥/ ١٠٨-١٠٩)، و بدائع الصنائع(٤/ ٢٠٣)، والبحر الرائق(٨/ ٥).

(٦) انظر: الأم (٤/ ٢٦، ٣٠)، والمهذب(١/ ٣٩٩).

(٧) انظر: التجريد(٧/ ٣٥٨٧).

العوض.

وخالفه القُدوري في هذا القياس بالفرق فذكر أن المعنى في البيع أنه يمكن تسليم المعقود عليه عقيب العقد، فجاز أن يستحق عوضه بالعقد، أما الإجارة فلا يمكن فيها تسليم المعقود عليه عقيب العقد فلم يجب بدله بالعقد كالعبد الآبق وكربح المضارب.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في البيع معنى غير موجود في الإجارة وهو إمكان تسليم المعقود عليه عقيب العقد.

كما يجاب على القُدوري بأن الإجارة لا يمكن فيها تسليم المعقود عليه عقيب العقد بدليل أنه لو استأجر منزلاً للسكن تسلم المعقود عليه عقيب العقد وانتفع بمنافعه.



المسألة الثالثة: انفساخ الإجارة بالموت[1].

مذهب الحنفية: الإجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين[2].

وعند الشافعي: لا تنفسخ بموت أحدهما[3].

نص القُدوري«قالوا: المنافع تملك بالوصية وما مُلك بالوصية مُلك بالميراث،كالأعيان.

قلنا:..... ولأن الوصية عقد بيع بعد الموت، والملك في الرقبة ينتقل بالموت؛ فيستحق المنفعة ابتداء مع حصول الرقبة للوارث، فلذلك لم يؤثر في هلاكها موت الموصي، والمنفعة في الإجارة عُقِدَت على ملك المؤجر فموته يؤثر فيها»[4].

بيانه: قاس الشافعية بقاء الإجارة وعدم بطلانها بموت أحد المتعاقدين على بقاء الإجارة وعدم بطلانها في الأعيان - وهي عين السلعة المعقود عليها - بجامع أن المنافع تملك بالوصية وما مُلك بالوصية مُلك بالميراث.

وخالفه القُدوري بالفرق ذاكراً أن الوصية في الأعيان عقد بيع بعد الموت والملك في الرقبة ينتقل بالموت فيستحق المنفعة ابتداء مع حصول الرقبة للوارث، فلذلك لم يؤثر في هلاكها موت الموصي، أما المنفعة في الإجارة فعُقِدَت على ملك المؤجر فموته يؤثر فيها.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الإجارة مانع غير موجود في الوصية وهو تأثير موت المؤجر فيها.



(١) التجريد(٧/ ٣٥٩٦).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٥/ ١٥٣)، وبدائع الصنائع(٤/ ٢٢٢).

(٣) وقال البعض تنفسخ بموت أحدهما. انظر: الأم (٤/ ٣٠)، و المهذب(١/ ٤٠٧).

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٦٠٣-٣٦٠٤).

المسألة الرابعة: تأجير المستأجر العين لصاحبها الذي أجرها له[1].

مذهب الحنفية: لا يجوز للمستأجر أن يؤاجر العين المستأجرة من المؤجر[2].

المذهب الشافعي: يجوز بعد قبض العين وجهًا واحدًا. وقبل قبضها فيه وجهان: أحدهما تجوز إجارتها. والثاني: لا تجوز[3].

نص القُدوري«احتجوا: بأن كل عقدٌ صحَّ مع الأجنبي صح مع العاقد،أصله البيع. قلنا: البيع من البائع في حكم البيع من الأجنبي؛ لأن من يقع له العقد غير مالك للمعقود عليه ولا لما يستوفى منه، والإجارة يعقدها مع المالك للعين التي يستوفي المنفعة منها فلذلك لم يصح العقد»[4].

بيانه :قاس الشافعية جواز تأجير المستأجر العين لصاحبها الذي أجرها له على جواز البيع من البائع بجامع أن كلا منهما عقدٌ صحَّ مع الأجنبي فيصح مع العاقد.

واعترض القُدوري عليه بأن البيع من البائع في حكم البيع من الأجنبي لأن من يقع له العقد غير مالك للمعقود عليه ولا لما يستوفى منه، أما الإجارة فيعقدها مع المالك للعين التي يستوفي المنفعة منها فلذلك لم يصح العقد.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في الإجارة مانع غير موجود في البيع وهو انعقادها مع المالك للعين.



(١) التجريد(٧/ ٣٦١١).

(٢) الخلاف في هذه المسألة في إجارة العين المؤجرة لمالك العين، أما لغيره فلا خلاف في جوازها بعد القبض. انظر: الدر المختار(٦/ ٩١).

(٣) ذكر في المهذب ثلاثة مذاهب للشافعي أحدها: لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض. الثاني: يجوز لأن المعقود عليه المنافع. الثالث: يجوز إجارتها من المؤجر لأنها ليست في قبضته، ولا يجوز من غيره لأنها ليست في قبضته. انظر: المهذب(١/ ٤٠٣).

(٤) انظر: التجريد(٧/ ٣٦١٢).

المسألة الخامسة: اشتراط الخيار في عقد الإجارة[1].

جوَّز الحنفية شرط الخيار في الإجارة[2]. ولم يجوِّزه الشافعي إذا استأجر عينًا قولاً واحدًا[3].

نص القُدوري«قالوا: عقد لابد أن يكون أحد بدليه غير عين، فلم يصح فيه خيار الشرط،كالسلم.

قلنا: السَّلَم شرط صحته قبض بذله في المجلس، وخيار الشرط منع صحة القبض فلهذا لم يصح شرط الخيار في الصرف....، وأما الإجارة فلا يتعين قبض بدلها في المجلس ويدخلها الفسخ بالإقالة فصح شرط الخيار فيها))[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز اشتراط الخيار إذا استأجر عينًا على عدم جواز اشتراط الخيار في السلم بجامع أن كلا منهما عقد لابد أن يكون أحد بدليه غير عين، فلم يصح فيه خيار الشرط.

قدح القُدوري هذا بالفرق، فذكر أن السَّلَم شرط صحته قبض بدله في المجلس، وخيار الشرط منع صحة القبض فلهذا لم يصح شرط الخيار في الصرف[5]، أما الإجارة فلا يتعين قبض بدلها في المجلس ويدخلها الفسخ بالإقالة فصح شرط الخيار فيها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في السلم معنى غير موجود في الإجارة وهو قبض بدله في المجلس.



(١) التجريد(٧/ ٣٦١٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٤/ ١٩٩).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٤٠٠).

(٤) التجريد(٧/ ٣٦٢٨).

(٥) الصرف لغة: الوزن والعدل وقيل القيمة. انظر: اللسان(٩/ ١٩٠). وشرعاً: هو بيع الأثمان كبيع الفضة بالذهب والذهب بالفضة ومُنع الخيار فيه لأن من شرطه القبض في المجلس دفعا للربا. انظر: البحر الرائق(٦/ ٢٠٩).

المطلب السابع عشر: في التطبيقات الفقهية في كتاب إحياء الموات

ويشتمل على أربع مسائل :

- المسألة الأولى: إحياء الأرض من غير إذن الحاكم.
- المسألة الثانية: إحياء الذمي لأرض الموات.
- المسألة الثالثة: الأرض إذا كان عليها أثر الإحياء ولم يعرف لها صاحب.
- المسألة الرابعة: اقتطاع جزء من الأرض للمنفعة العامة.

المسألة الأولى: إحياء الأرض من غير إذن الحاكم[1].

عند المذهب الحنفي: لا يملك الموات[2] بالإحياء إلا أن يأذن الإمام فيه[3].

وقال أبو يوسف ومحمد: أنه يملك بنفس الإحياء. وعليه المذهب الشافعي[4].

نص القدوري«ولأنه أحيا مواتًا بغير إذن الإمام، فوجب أن لا يملكها به.أصله:الذمي إذا أحيا في دار الإسلام

فإن قيل: المسلم آكد حكمًا في التمليك بدلالة أنه يملك العبد المسلم والكافر، والذمي ممنوع من تملُّك المسلم، ويُمنع من نكاح المسلمة، ويملك المسلم الصدقات المفروضة ولا يملكها الذمي،ويملك المسلم السهم الكامل من الغنيمة، والذمي يرضخ له.

قلنا: الذمي أيضًا يملك ما لا يملكه المسلم، لأنه يملك الخنزير والخمر، ويتزوج المجوسية، ويملك الصدقات إذا دُفعت إليه باجتهاد، ونقصان حقه في الغنيمة كنقصان حق المرأة ولا يدل ذلك على أنها غير مساوية للرجل في أسباب التملك»[5].

---

(١) التجريد(٨/ ٣٧٣٣).

(٢) الموات لغةً: كسحاب ما لا روح فيه، وأرض لا مالك لها، والحي ضد الميت وأحياه: جعله حيًا. انظر: اللسان(٢/ ٩٣).

و شرعًا: أرض تعذر زراعتها لانقطاع الماء عنها بارتفاعه عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة عن العامر. وأشبه ذلك مما يمنع الزراعة. وإحياء الموات: هو أن يكرب الأرض ويسقيها فإن كربها ولم يسقيها أو سقاها ولم يكربها فليس بإحياء وعند بعض العلماء إحياء. انظر: البحر الرائق(٨/ ٢٣٨).

(٣) وهناك قول يملك بإذن الإمام وبغير إذنه. انظر: بدائع الصنائع(٦/ ١٩٥)، حاشية ابن عابدين(٦/ ٤٣٢)، وملتقى الأبحر لشيخي زاده دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٩هـ الطبعة الأولى(١/ ١٩٥).

(٤) انظر: الأم(٤/ ٤١-٤٢)، والمهذب(١/ ٤٢٣).

(٥) انظر: التجريد(٨/ ٣٧٣٥-٣٧٣٦).

بيانه: قاس القُدوري عدم ملك الموات بالإحياء بدون إذن الإمام على عدم ملك الذمي إذا أحيا في دار الإسلام بجامع أن كلا منهما أحيا مواتًا بغير إذن الإمام فوجب أن لا يملكها به.

ثم افترض القدوري قادحًا بالفرق فقال: فإن قيل: المسلم آكد حكما في التمليك بدلالة أنه يملك العبد المسلم والكافر، أما الذمي فممنوع من تملُّك المسلم، ويُمنع من نكاح المسلمة، وفرق آخر: يملك المسلم الصدقات المفروضة ويملك السهم الكامل من الغنيمة، أما الذمي فلا يملك الصدقات كذلك يرضخ - أي يُعطي المال كارهاً - للمسلم.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في المسلم معنى غير موجود في الذمي وهو تملك العبد المسلم والكافر. كذلك ملك المسلم للصدقات.

ثم أجاب القُدوري عن قادحه بأن الذمي أيضًا يملك ما لا يملكه المسلم لأنه يملك الخنزير والخمر، ويتزوج المجوسية، ويملك الصدقات إذا دُفعت إليه باجتهاد[1]، ونقصان حقه في الغنيمة كنقصان حق المرأة ولا يدل ذلك على أنها غير مساوية للرجل في أسباب التملك.

(١) أي إذا دفع المزكي الزكاة إلى الذمي اجتهاداً منه بأنه مسلم - أي معتقداً أنه مسلم - تملك الذمي الزكاة، وذلك على رأي أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف فإنه لا يملكها ولا تسقط الزكاة عن مخرجها وتلزمه الإعادة عنده. انظر: بدائع الصنائع(٢/ ٥٠).

المسألة الثانية: إحياء الذمي لأرض الموات[1].

إذا أحيا الذمي أرضًا بإذن الإمام ملكها[2] على مذهب الحنفية.

وأما الشافعي فليس له في ذلك نص إلا أنه قال: من أحيا مواتًا من المسلمين فهو له[3].

فدل كلامه أنه لا يجوز للذمي؛ عملاً بمفهوم الصفة لأن من قيّد الملك بالمسلمين نفاه عن غيرهم.

ومذهب الشافعية أنه ليس للإمام أن يأذن للذمي في الإحياء وإن أذن له فأحيا لم يملك[4].

نص القدوري«قالوا: كافر أحيا مواتا في دار الإسلام، فلم يملكه،كما لو كان بغير إذن الإمام. قلنا:.... والمعنى في الأصل :أنه انفرد فيما للإمام فيه تدبير بإفراده، فصار كمال بيت المال»[5].

بيانه :قاس الشافعية مذهبهم على عدم ملك الذمي لو كان الإحياء بغير إذن الإمام والجامع أن كليهما كافر أحيا مواتا في دار الإسلام، فلم يملكه.

ومنع القُدوري هذا القياس بالفرق فمن أحيا أرضًا بغير إذن الإمام فإنه قد انفرد فيما للإمام فيه تدبير بإفراده، فصار كمال بيت مال المسلمين، بخلاف مسألة الذمي فإنه أحيا الأرض بإذن الإمام فلم ينفرد فيه بالتدبير.

---

(١) التجريد(٨/ ٣٧٤٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ١٩٥)، و ملتقى الأبحر لشيخي زاده (١/ ٢١٩).

(٣) انظر: الأم (٤/ ٤١-٤٢).

(٤) انظر: المهذب(١/ ٤٢٣- ٤٢٤).

(٥) التجريد(٨/ ٣٧٤٩).

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في الغير مأذون لـه مـانع غـير موجـود في المأذون له وهو الانفراد فيما للإمام فيه تدبير.

المسألة الثالثة: الأرض إذا كان عليها أثر الإحياء ولم يعرف لها صاحب[1].

مذهب الحنفية: إذا كان على الموات أثر العمارة ولا يعرف له مستحق جاز إحياؤه بإذن الإمام[2].

وفي المذهب الشافعي أنه إذا كان من أملاك المسلمين لم يملك بالإحياء وإن كان من أملاك الكفار ففيه وجهان: أحدهما: يملك بالإحياء. والآخر: يملك على وجه الغنيمة فيملك بإذن الإمام لا بالإحياء[3].

نص القُدوري«قالوا: أرض جرى عليها ملك فلا تُملك بالإحياء.أصله : إذا كان مالكها معروفاً،ومن يحترز عن موات دار الحرب يقول جرى عليها ملك من له حرمة.

قلنا:... والمعنى في أرض المالك المعروف أن مستحق هذا المال معتبر، فلا ينفذ تصرف الإمام عليه، إلا بسبب يقتضي الولاية، وفي مسألتنا المالك غير معين، فجاز تصرف الإمام في المال كاللقطة.

---

(١) التجريد(٨/ ٣٧٥١).

(٢) قال الحنفية: أن الأرض التي عليها أثر العمارة ولا يعرف لها مالك في حكم اللقطة فإنها إن ظهر لها مالك بعد الإحياء الثاني تُردُّ عليه. وقيل: لكن لو ظهر لها مالك يرد عليه، ويضمن نقصانها إن نقصت بالزراعة، وإلا فلا. انظر: بدائع الصنائع(٦/ ١٩٣).

(٣) اختلفت أقوال العلماء في هذه المسألة فذكر صاحب المهذب في المسألة ثلاثة أوجه: الأول: أنه يملك بالإحياء؛ لأنه إن كان في دار الإسلام فهو كاللقطة وإن كان في دار الحرب فهو كالركاز. والثاني: لا يملك لأنه إن كان في دار الإسلام فهو لمسلم أو لذمي أو لبيت المال فلا يجوز إحياؤه، وإن كان في دار حرب جاز أن يكون لكافر - أي تكون هذه الأرض التي عليها أثر الإحياء لكافر - لا يحل ماله أو لكافر لم تبلغه الدعوة فلا يحل ماله ولا يجوز تملكه. والثالث: أنه إن كان في دار الإسلام لم يملك، وإن كان في دار حرب ملك؛ لأن ما كان في دار الإسلام فهو ظاهر لمن له حرمة، وما كان في الحرب فهو في الظاهر لمن لا حرمة له. وإن قاتل الكفار على أرض ولم يحيوها ثم ظهر المسلمون عليها، ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز أن تملك بالإحياء بل هي غنيمة. والثاني: أنه يجوز أن تملك بالإحياء كسائر الموات. انظر: المهذب (١/ ٤٢٣). و ذكر في مغني المحتاج(٢/ ٣٦٢-٣٦٣)، وجهًا واحدًا وهو جواز الإحياء مع الاحتفاظ بحق المسلم إن كانت العمارة إسلامية، وجوازه في عمارة الكافر، وهو الأظهر عندهما.

ولأن المالك إذا كان معلوما أمكن إلزامه العمارة، حتى لا يتعطل تحصيل حق المسلمين من العشرأو الخراج، وإذا لم يعرف لها مالك لم يتوصل إلى تحصيل حق المسلمين بالإحياء فصارت كالموات الأصل»[١].

بيانه: قاس الشافعية عدم ملك الأرض بالإحياء على عدم ملك الأرض إذا كان مالكها معروفًا والجامع أن كليهما أرض جرى عليها ملك فلا تُملك بالإحياء.

واعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن المعنى في أرض المالك المعروف أن مستحق هذا المال معتبر فلا ينفذ تصرف الإمام عليه إلا بسبب يقتضي الولاية، أما المالك في هذه المسألة فغير معين، فجاز تصرف الإمام في المال كاللقطة[٢].

ولأن المالك إذا كان معلوما أمكن إلزامه العمارة، حتى لا يتعطل تحصيل حق المسلمين من العشر[٣]أو الخراج[٤]، وإذا لم يعرف لها مالك لم يتوصل إلى تحصيل حق المسلمين بالإحياء فصارت كالموات الأصل.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في المالك المعروف معنى غير موجود في غير المعروف وهو أن مستحق المال معتبر و معين.



(١) انظر: التجريد(٨/ ٣٧٥٥).

(٢) اللقطة لغة: من لقط واللقط: أخذ الشيء من الأرض. ولقطه يلقطه لقطا: يأخذه. واللقطة: اسم الشيء الذي تجده ملقى في الأرض فتأخذه، واللقيط: الولد المنبوذ من أهله. انظر: اللسان(٧/ ٣٩٢). و شرعًا: هي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره. انظر: المغني لابن قدامة(٦/ ٣).

(٣) العُشر لغة: بضم العين: أخذ عشر أموال اليهود والنصارى وليس الصدقات وهو جزء من العشرة. انظر: اللسان(٤/ ٥٧١). اصطلاحا: هي الضرائب المفروضة على أموال التجارة الصادرة من البلاد الإسلامية أو الواردة لها. انظر: النظام المالي والاقتصادي في الإسلام للأستاذ إبراهيم نورين إبراهيم مكتبة الرشد الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ ص ١٨١.

(٤) الخراج لغة: الإتاوة وهي الضريبة، وهو الذي وضعه عمر بن الخطاب على السواد وأرض الفيء ومعناه أيضا الغلة. انظر: لسان العرب(٢/ ٢٥٢). واصطلاحا: هو ما وضع على رقاب الأرض من حقوق تؤدى عنها. انظر: النظام المالي لإبراهيم نورين(ص١٧٨).

المسألة الرابعة: اقتطاع جزء من الأرض للمنفعة العامة[1].

رأى الحنفية أنه للإمام أن يحمي[2] موضعًا يرعى فيه مواشي بيت المال وخيل المجاهدين[3].

ورأى الشافعي أنه يجوز ذلك للنبي ﷺ وهل يجوز للإمام؟. فيها قولان[4].

نص القُدوري«قالوا: لا يجوز أن يحمي لنفسه، فلم يجز أن يحمي لمصالح المسلمين. أصله: الرعية.

قلنا: الواحد من الرعية: لا يملك التصرف على المسلمين وعندنا يجوز الحمى لمواشي المسلمين وخيل المجاهدين، فمن لا يجوِّز أن يتصرف عليهم لا يجوِّز أن يحمي لهم. ولما كان الإمام يملك التصرف جاز أن يحمي لهم إقطاعه....»[5].

بيانه: استدل الشافعية على عدم جواز الحمى من الإمام لمصالح المسلمين بعدم جواز الحمى من الرعية بجامع أن كلا منهما لا يجوز أن يحمي لنفسه، فلم يجز أن يحمي لمصالح المسلمين.

---

(١) التجريد(٨/ ٣٧٦٠).

(٢) حَمَى الشيء يحميه حما بالكسر ومحميه: منعه. انظر: اللسان(١/ ٦٦)، ومعنى الحمى أن يحمي أرضا من الموات يمنع الناس رعي ما فيها من الكلأ ليختص بها دونهم، وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك وقد أبطل الإسلام هذا النوع من الحمى. انظر: المغني لابن قدامة(٥/ ٣٣٨).

(٣) محل الخلاف في حمى غير الرسول ﷺ فقد ثبت عنه الحمى، غير أن البعض قصره عليه، والبعض جعله لغيره من الأئمة وهو مذهب الأحناف والمالكية والحنابلة. انظر: بدائع الصنائع(٦/ ١٩٤)، والمغني لابن قدامة(٥/ ٣٣٠)، و مواهب الجليل لمحمد بن عبدالرحمن دار الفكر بيروت ١٣٩٨هـ الطبعة الثانية(٦/ ٣).

(٤) أحدهما: لا يجوز للخبر، والثاني: يجوز. انظر: الأم(٤/ ٤٢)، و ظاهر كلام المزني في المختصر أنه يجوز. انظر: مختصر المزني(ص١٣١)، والمهذب(١/ ٤٢٦).

(٥) انظر: التجريد(٨/ ٣٧٦٥).

وفرَّق القُدوري بينهما لأن الواحد من الرعية لا يملك التصرف على المسلمين وعندنا يجوز الحمى لمواشي المسلمين وخيل المجاهدين، فمن لا يجوِّز أن يتصرف عليهم لا يجوِّز أن يحمي لهم. ولما كان الإمام يملك التصرف جاز أن يحمي لهم.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في الإمام مانع غير موجود في الرعية وهو ملك التصرف.



المطلب الثامن عشر: في التطبيقات الفقهية في كتاب الوقف

ويشتمل على ثلاث مسائل:

- المسألة الأولى: صور لزوم الوقف وجوازه.
- المسألة الثانية: ما يلزم به الوقف.
- المسألة الثالثة: ما يجري فيه الوقف.

المسألة الأولى: صور لزوم الوقف وجوازه[1].

ذكر زفر أنه لا يزول الملك عن الوقف بالقول إلا أن يخرجه مخرج الوصايا[2].

وعند أبي يوسف: يزول الملك عنه بالقول. وعليه المذهب الشافعي[3].

نص القُدوري« قالوا: تحبيس أصل على وجه القربة ينتفع بـه مـع بقـاء عينـه، فـصح أن يلزمه بغير حكم الحاكم. أصله: بناء المسجد.

قلنـا:.....بـان الفـرق بيـنهما أن المـسجد يـصح بقولـه: جعلتـه مـسجدا،والوقف لا يصح بقوله: حبسته ولا وقفته حتى يذكر السبيل ويبينها.وما أوجبه في الوقف يـصح مـع بقاء الأصل على ملكه وهو الصدقة بالثمار والغلـة، ولا يـصح أن يكـون مـسجد مـع بقـاء ملكه، ولو فعل ذلك لم يصح، فدلَّ أن المسجد من قبل العتق وأن الوقف مخالف له))[4].

بيانه: قاس الـشافعية صـحة إلـزام الوقـف بغـير حكـم الحـاكم – أي بـالقول – عـلى صحة إلزام الوقف ببناء المسجد والجامع أن كلا منهما تحبيس أصل على وجه القربة ينتفـع

---

(١) التجريـد(٨/ ٣٧٧١). والوقـف في اللغـة: يقـف وقوفـا: دام قـائمًا، ووقفتُـه أنـا وقفًـا: فعلـتُ بـه مـا وقـف كوقفته، وأوقف الدار: حبسها للوقف. انظر: اللسان(٩/ ٣٥٩). وشرعاً: حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة. انظر: البحر الرائق(٥/ ٢٠٢).

(٢) هذه إحدى حالتين يخرج فيها الملك في الوقف من المالك إلى الله تعـالى عنـد أبي حنيفـة. ومعناهـا أن تكـون صورة الوقف على هيئة الوصية، كأن يقول مثلا: إذ مت فقد وقفت داري على كـذا مـثلا. والحالـة الثانيـة: هي أن يحكم الحاكم بلزوم الوقف. وصورة ذلك أن يسلم الواقف وقفه إلى المتولي، ثم يريد أن يرجع بعلة عدم اللزوم، فيحتكما إلى القاضي فيقضي باللزوم إن كان ممن يـرى ذلـك تقليـدا للـصاحبين أو غيرهمـا مـن علماء المذاهب الأخرى. انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٢١٩).

(٣) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٢١٨). وذكر بعـض فقهـاء الـشافعية أنـه لا يـزول بـالقول ملكـه عـن العـين لأن الوقـف حـبس العـين وتـسبيل المنفعـة وذلـك لا يوجـب زوال الملـك. والـصحيح الأول. انظـر: المهذب(١/ ٤٤٢).

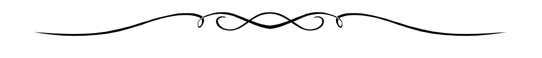
(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٧٨٢– ٣٧٨٣).

به مع بقاء عينه، فيصح أن يلزمه بغير حكم الحاكم.

والفرق الذي أورده القدوري أن المسجد يصح بقوله: جعلته مسجدا أما الوقف فلا يصح بقوله: حبسته ولا وقفته حتى يذكر السبيل ويبينها.

وكذلك فأن ما أوجبه في الوقف يصح مع بقاء الأصل على ملكه وهو الصدقة بالثمار والغلة، أما المسجد فلا يصح أن يكون مسجداً مع بقاء ملكه، ولو فعل ذلك لم يصح، فدلَّ أن المسجد من قبل العتق وأن الوقف مخالف له.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الوقف معنى غيرموجود في المسجد وهو بقاء الأصل على ملكه والصدقة بالغلة والثمار.



المسألة الثانية: ما يلزم به الوقف[1].

قال محمد من الحنفية: لا يلزم الوقف في حال الحياة إلا بالقبض[2].

وألزمه الشافعي بمجرد القول[3]. وهو قول أبي يوسف.

نص القُدوري«قالوا: سبب يزيل الملك عن الرقبة، فإذا لم يكن المقصود التمليك لم يفتقر إلى القبض.كالعتق.

قلنا: العتق إتلاف الرق، والإتلاف لا يُتَصوَّر فيه القبض، والوقف إيجاب للحق في مملوك فيجب أن يقف على القبض»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم افتقار الوقف إلى القبض على عدم افتقار العتق إلى القبض والجامع بينهما أنهما سبب يزيل الملك عن الرقبة، فإذا لم يكن المقصود التمليك لم يفتقر إلى القبض.

وقدحه القُدوري بالفرق فذكر أن العتق إتلاف لا يُتَصوَّر فيه القبض، أما الوقف فإيجاب للحق في مملوك فيجب أن يقف على القبض.

---

(١) التجريد(٨/ ٣٧٨٧).

(٢) الفقهاء يحملون قول أبي حنيفة بعدم زوال الملك عن الوقف بالقول على عدم الصحة، ومن هنا فإن القدوري تكلم عن لزوم الوقف حال الحياة عند محمد وأبي يوسف، هل هو بالقول أو بالقبض؟ ولم يتوخى لرأي أبي حنيفة، والوقف يلزم عند أبي حنيفة أيضا في حال الحياة في صورة من صور الوقف عنده، وهي التي يحكم فيها القاضي بلزوم الوقف. وقد ذكرتها في المسألة الأولى. فالفرق بين رأي الإمام وبين رأي محمد أنه عند محمد يلزم بالقبض وإن لم يحكم الحاكم. وعند أبي حنيفة يلزم بالقبض شريطة أن يحكم الحاكم بلزومه. وعند أبي يوسف يلزم بالقول فقط وإن لم يقبض. انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٢١٨-٢١٩)، وتبيين الحقائق(٣/ ٣٢٥).

(٣) انظر: الأم (٤/ ٥٨-٥٩)، و المهذب(١/ ٤٤٢).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٧٨٨).

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الوقف مانع غير موجود في العتق وهو إيجاب للحق في مملوك.

ولكنَّ يجاب عليه أن الوقف أيضاً لا يُتصوَّر فيه القبض، بل انتفاع بمنافع الموقوف شيئاً فشيئاً كلما استُغِلت المنفعة، إذا هو أيضاً غير قابل للقبض.



المسألة الثالثة: ما يجري فيه الوقف[1].

المذهب الحنفي أنه لا يلزم وقف المنقولات[2]. وإن أخرجه مخرج الوصايا هكذا قال شيوخ الحنفية[3] ولم يتعرضوا للزوم وقفها بالحكم[4].

وفي المذهب الشافعي: يجوز وقف ما يبقى من المنقولات مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه[5].

نص القدوري«قالوا: عين تبقى فينتفع بها مع بقاء عينها، فإذا جاز بيعها جاز وقفها،كالعقار والشجر.

قلنا: المعنى في العقار أنه يبقى على وجه الدهر، فلم يتوقف وقفه، وليس كذلك المنقولات فإنها يتوقف وقفها، وأما الشجر: فإنه يدخل في الوقف تابع للأرض، وقد يتبع في العقود ما لا يجوز العقد عليه))[6].

بيانه : استدل الشافعية على مذهبهم بجواز وقف العقار والشجر بجامع أن كليهما عين تبقى فينتفع بها مع بقاء عينها فإذا جاز بيعها جاز وقفها.

وأوجد القُدوري فرقًا فالعقار يبقى على وجه الدهر، فلم يتوقف وقفه، وليس

(١) التجريد(٨/ ٣٧٨٩).

(٢) أي أن مذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد جواز وقف المنقول إذا كان تابعا للعقار. انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٢٢٠).

(٣) المقصود بشيوخ الحنفية: هم الذين لم يدركوا أبا حنيفة. انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٦٣).

(٤) أي إذا حكم الحاكم بلزوم الوقف في المنقول: من المعلوم أن حكم الحاكم في العقار يجعله لازما، وربما سكت عن ذلك لأنه قد ذكر حكم إحدى الصورتين وهي إخراجه مخرج الوصايا فيكون حكم الثانية مماثلا، ولا يلزم فيها؛ لأنه لا فرق بينهما في العقار فكذا في المنقول.

(٥) انظر: المهذب(١/ ٤٤٠).

(٦) انظر: التجريد(٨/ ٣٧٩٢).

كذلك المنقولات فإنها يتوقف وقفها، أما في الشجر فإنه يدخل في الوقف تابع للأرض وقد يتبع في العقود ما لا يجوز العقد عليه.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في العقار معنى غير موجود في المنقولات وهو بقائها على وجه الدهر.

ويجاب على القُدوري بأن جواز وقف ما بقي من المنقولات مُستنِد إلى قاعدة (يُغتفر في الدوام مالا يغتفر في الابتداء) والدوام هنا هو دوام الوقف. ومثال آخر يوضح هذه القاعدة: أنه لو شك في خروج وقت الصلاة فلا يضر لأن الأصل بقاء الوقت ولأنه يغتفر في الدوام - وهو هنا دوام الوقت - ما لا يغتفر في الابتداء - وهو دخول الوقت الجديد -[1]. فهذه القاعدة تقابل القاعدة التي استند إليها القُدوري وهي يتبع في العقود مالا يجوز في العقد عليه.

(١) انظر: إعانة الطالبين للدمياطي(٢/ ٦١).

المطلب التاسع عشر: في التطبيقات الفقهية في كتاب الهبة

<u>ويشتمل على أربع مسائل</u> :

- المسألة الأولى: حكم هبة المشاع الذي ينقسم.
- المسألة الثانية: هبة الأب لابنه وحكم الرجوع فيها.
- المسألة الثالثة: الهبة لأجنبي وحكم الرجوع فيها.
- المسألة الرابعة: الزيادة في الهبة وحكم الرجوع فيها.

المسألة الأولى: حكم هبة المشاع الذي ينقسم[1].

يرى الأحناف أن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا يملك بها حتى تقسم ويقبض[2].

وفصَّل الشافعي فذكر أن الهبة جائزة فإن كان الشريك غير واهب قيل للشريك: ترضى أن يقسم الموهوب له الجميع نصفه ونصفه وديعة؟ فإن رضي بذلك سلم إليه الكل، وإن لم يرض قيل للموهوب له: ترضى أن توكل الشريك ليأخذه كله ونصفه له؟ فإن رضي وإلا نصب القاضي من يقبض الكل نصفه هبة ونصفه قبض أمانة للشريك[3].

نص القُدوري«قالوا: كل عقد صحَّ فيما لا يُقسم،صحَّ فيما يُقسم كالبيع.

قلنا: المعنى في البيع أنه يجوز أن يوجب ضمان التسليم، فجاز أن يوجب الضمان بالقسمة، والهبة إنما توجب ضمان التسليم، فلم يجز أن تقع على وجه يوجب الضمان بالقسمة»[4].

بيانه: قاس الشافعية صحة الهبة في ما يقسم على صحة البيع في ما يقسم وعلله بأن كلاهما عقد صحَّ فيما لا يُقسم فصحَّ فيما يُقسم.

والفرق الذي أنشأه القُدوري ـ أنه يجوز في البيع أن يوجب ضمان التسليم، فجاز أن يوجب الضمان بالقسمة، أما الهبة إنما توجب ضمان التسليم، فلم يجز أن تقع على وجه يوجب الضمان بالقسمة.ـ

لا يخفى مناقضته بما ذكره في موضع آخر أن الهبة فيما يقسم المملوك بها العين والضمان يجب بقسمة العين فثبت الضمان في العين التي حصل فيها الشيوع[5].

(١) التجريد(٨/ ٣٨٠٨).

(٢) انظر: الجامع الصغير(ص٤٣٥)، و المبسوط للسرخسي(١٢/ ٦٤)، و بدائع الصنائع(٦/ ١٣٢).

(٣) انظر: الأم(٤/ ٦٢)، والمهذب(١/ ٤٤٦).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٨١٥).

(٥) انظر: التجريد(٨/ ٣٨١٢).

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الهبة معنى غير موجود في البيع وهو إيجاب ضمان التسليم.

المسألة الثانية: هبة الأب لابنه وحكم الرجوع فيها[1].

إذا وهب الأب لابنه لم يصح الرجوع له، وكذلك كل ذي رحم مُحرم، وهذا مذهب الحنفية[2].

وجوَّز الشافعي للأب الرجوع فيما وهب لولده وكذلك الجد وكذلك الأم والجدات[3].

نص القُدوري «قالوا: هبة لمن جعل ماله له فكان للواهب الرجوع فيها ما لم يتعلق بها حق الغير، قياساً على العبد.

قلنا:....والمعنى في العبد أن الهبة لم تخرج من ملكه فصارت كهبة الأب قبل القبض، أما هبة الابن فقد ملكها وحصل له صلة الرحم الكامل فصار كهبة الابن للأب»[4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على جواز الرجوع في الهبة للعبد بجامع أن كلا منهما هبة لمن جعل ماله له فكان للواهب الرجوع فيها ما لم يتعلق بها حق الغير.

ومنع القُدوري هذا بالفرق فبيَّن أن الهبة للعبد لم تخرج من ملكه فصارت كهبة الأب قبل القبض، أما هبة الابن فقد ملكها وحصل له صلة الرحم الكامل فصار كهبة الابن للأب.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الهبة للإبن مانع غير موجود في الهبة للعبد وهو التملك وحصول صلة الرحم بها.

---

(١) التجريد(٨/ ٣٨٢١).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٢/ ٥٢)، و بدائع الصنائع(٦/ ١٢٨)، و الهداية شرح البداية(٣/ ٢٢٨).

(٣) فرق الشافعي في الهبة ما إذا كانت على وجه صدقة وصلة رحم لا يرجع فيها، وأما إذا كانت للثواب يجوز الرجوع فيها. انظر: الأم(٤/ ٦١)، و المهذب(١/ ٤٤٧).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٨٢٧).

المسألة الثالثة: الهبة لأجنبي وحكم الرجوع فيها[1].

يجوز عند الحنفية الرجوع عن هبة الأجنبي[2]. ولم يجُز في المذهب الشافعي[3].

نص القدوري« ولأنه تبرع يلحقه الفسخ، فجاز أن يرجع فيما يهب منه مع الأجانب أصله :الوصية والعارية.

فإن قيل: المعنى في الوصية، وفي العارية أنها لو كانت لذوي أرحامه رجع فيها، وكذلك إذا كانت لأجنبي، وفي الهبة بخلافه.

قلنا: امتناع الرجوع في ذوي الرحم إنما هو حصول العوض الكامل في صلة الرحم، وليس إذا امتنع الرجوع مع العوض، امتنع مع عدمه كالهبة المشروط فيها العوض»[4].

بيانه: قاس القُدوري جواز الرجوع في الهبة للأجنبي على جواز الرجوع في الوصية والعارية للأجنبي بجامع أن كلا منهما تبرع يلحقه الفسخ، فجاز أن يرجع فيما يهب منه.

ثم تصوَّر قادحًا بالفرق افترضه فقال: فإن قيل المعنى في الوصية وفي العارية أنها لو كانت لذوي أرحامه رجع فيها وكذلك إذا كانت لأجنبي، وأما في الهبة بخلافه أي لو كانت لأجنبي رجع فيها وإن كانت لذوي رحم لم يرجع.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الوصية والعارية معنى غير موجود في الهبة وهو إمكان الرجوع فيها سواء كانت لذوي الأرحام أو أجانب.

---

(١) التجريد(٨/ ٣٨٢٩).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٢/ ٥٢-٥٣)، و بدائع الصنائع(٦/ ١٢٨).

(٣) انظر: الأم (٤/ ٦٢)، و المهذب(١/ ٤٤٨).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٨٣٣).

فأجاب عنه بأن امتناع الرجوع في ذوي الرحم إنما هو حصول العوض الكامل في صلة الرحم، وليس إذا امتنع الرجوع مع العوض امتنع مع عدمه كالهبة المشروط فيها العوض.



المسألة الرابعة: الزيادة في الهبة وحكم الرجوع فيها[1].

إذا زادت الهبة في يد ربها سقط الرجوع هذا عند الحنفية[2].

وفي المذهب الشافعي لا يسقط حق الرجوع[3].

نص القدوري« احتجوا: بأنها زيادة حادثة من الموهوب فلا تمنع الرجوع في الهبة. أصله: إذا حدثت قبل القبض.

ـ وقع عليها القبض المتصدر عن العقد فدخلت في حكم العقد، فجاز أن يقع عليها الفسخ، وإذا حدثت بعده فلم يقع عليها العقد، ولا القبض المتصدر عنه، فلم يدخل في العقد،فلم يجز أن يقع عليها الفسخ كالولد»[4].

وقاس الشافعي عدم سقوط الرجوع في الهبة إذا زادت على عدم سقوط الرجوع إذا ما حدثت قبل القبض بجامع أن كلا منهما زيادة حادثة من الموهوب فلا تمنع الرجوع في الهبة.

ومنعه القُدوري بالفرق فذكر أن الهبة إذا حدثت قبل القبض وقع عليها القبض المترتب على العقد فدخلت في حكم العقد، فجاز أن يقع عليها الفسخ، أما إذا حدثت بعده فلم يقع عليها العقد ولا القبض المترتب عليه، فلم يدخل في العقد ولم يجز أن يقع عليها الفسخ كالولد.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الهبة قبل القبض معنى غير موجود في الهبة بعده وهو الدخول في حكم العقد.



(١) التجريد(٨/ ٣٨٤٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٢/ ٨٣)، و بدائع الصنائع(٦/ ١٢٩)، و الهداية شرح البداية(٣/ ٢٢٧).

(٣) انظر: الأم (٤/ ٦٢)، والمهذب(١/ ٤٤٧).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٨٤٢-٣٨٤٣).

المطلب العشرون: في التطبيقات الفقهية في كتاب اللقطة

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: الانتفاع باللقطة بعد التعريف.
- المسألة الثانية: الإشهاد على أخذ اللقطة.
- المسألة الثالثة: التصرف في اللقطة بعد التعريف.
- المسألة الرابعة: حكم التقاط الفاسق للقطة.
- المسألة الخامسة: جُعل من رد الآبق من مسيرة سفر.

المسألة الأولى: الانتفاع باللقطة بعد التعريف[1].

مذهب الحنفية: إذا عرَّف اللقطة حولاً جاز له أن ينتفع بها إن كان فقيرًا وإن كان غنيًا فله أن يتصدق بها وله أن يمسكها وليس له أن ينتفع بها[2].

جوَّز الشافعي أن ينتفع بها بعد الحول ويكون قرضًا عليه سواء كان موسرًا أو معسرًا[3].

نص القدوري«قالوا:من جاز له أن يتصدق باللقطة، جاز أن يأكلها،كالفقير.

قلنا: الفقير يجوز أن يثبت له حق في مال المسلم بمضي الحول، فجاز أن يثبت له بعد الحول الانتفاع، والغني لا يثبت له حق من مال المسلم بمضي الحول، فلا يجوز أن ينتفع بها»[4].

بيانه : قاس الشافعية جواز الانتفاع باللقطة بعد الحول للغني على جواز الانتفاع باللقطة بعد الحول للفقير بجامع أن كلا منهما جاز له أن يتصدق باللقطة فجاز أن يأكلها.

فاعترض القُدوري مستدلاً بأن الفقير يجوز أن يثبت له حق في مال المسلم بمضي الحول، فجاز أن يثبت له بعد الحول الانتفاع، أما الغني فلا يثبت له حق من مال المسلم بمضي الحول، فلا يجوز أن ينتفع بها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الفقير معنى غير موجود في الغني وهو ثبوت الحق له في مال المسلم.



(١) التجريد(٨/ ٣٨٥٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٢٠٢)، و البحر الرائق(٥/ ١٧٠).

(٣) انظر: الأم (٤/ ٦٩-٧٠)، و المهذب(١/ ٤٢٩).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٨٦٠).

المسألة الثانية: الإشهاد على أخذ اللقطة[1].

أوجب أبو حنيفة على الملتقط أن يشهد أنه أخذ اللقطة ليردها على مالكها، فإن لم يشهد حتى هلكت فهو ضامن[2].

وصرَّح أبو يوسف ومحمد بأن الإشهاد ليس بواجب[3].

وللشافعي: قولان أحدهما: أن الشهادة واجبة، والآخر: أنها مستحبة[4].

نص القُدوري« قالوا: من أخذ أمانة فلا يجب الإشهاد كالوديعة.

قلنا: الأخذ هاهنا بإذن المالك، وإذا لم يشهد فقد أسقط حقه، ومالك اللقطة لم يأذن في الأخذ فلم يسقط حقه من الثواب، فوجب أن يستوفي»[5].

بيانه: قاس الشافعية عدم وجوب الإشهاد على أخذ اللقطة على عدم وجوب الإشهاد على أخذ الوديعة بجامع أن كلا منهما أخذ أمانة فلا يجب الإشهاد عليها.

وخالفه القُدوري بالفرق، فالوديعة الأخذ فيها كان بإذن المالك، وإذا لم يشهد فقد أسقط حقه، أما مالك اللقطة فلم يأذن في الأخذ فلم يسقط حقه من الثواب، فوجب أن يستوفي.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الوديعة معنى غير موجود في اللقطة وهو الأخذ بإذن المالك.



(١) التجريد(٨/ ٣٨٦٤).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ١١)، و بدائع الصنائع (٦/ ٢٠١)، و البحر الرائق(٥/ ١٦٤).

(٣) انظر: المراجع السابقة للحنفية.

(٤) المذهب أنه لا يجب الإشهاد على الالتقاط كالوديعة سواء كان لتملك أم لحفظ وهذا ما يقتضيه كلام الرافعي. انظر: المهذب(١/ ٤٣٠).

(٥) انظر: التجريد(٨/ ٣٨٦٤-٣٨٦٥).

المسألة الثالثة: التصرف في اللقطة بعد التعريف[1].

مذهب الحنفية أن الملتقط لا يملك اللقطة، فإن كان فقيرًا جاز له الانتفاع بها وإن كان غنيًا جاز له أن يتصدق بها وله أن يملكها لصاحبها وليس له أن يتملكها[2].

ومذهب الشافعي أنه إذا عرفها حولاً فإن جاء صاحبها أخذها وإلا فهي للملتقط بعد سنة.

ومن أصحابه من قال تدخل في ملكه بغير اختياره.ومنهم من قال: لا تدخل إلا باختياره.

واختلفوا فمنهم من قال: يملك بعد أن يقول: اخترت الملك والتصرف بعده، ومنهم من يقول: يملك بمجرد النية، ومنهم من قال: يفتقر إلى قوله: اخترت الملك[3].

نص القُدوري« قالوا: مال أبيح الانتفاع به بغير أمر مالكه فجاز له تملكه كالزكاة من مال أهل الحرب يجوز تملكه بغير رضى مالكه، وإن كان الملك معيناً فيجوز إذا كان غير معين.

وفي مسألتنا:لا يجوز أن يتملك اللقطة إذا تعين صاحبها إلا بإذنه، أو بإذن من يلي عليه، فكذلك إذا لم يتعين/ فنقول: فاستوى في تملكها ماقبل الحول وبعده كالركاز»[4].

بيانه:قاس الشافعية جواز تملك اللقطة بعد سنة على جواز تملك الزكاة من مال أهل الحرب والجامع أن كليهما مال يجوز الانتفاع به بغير إذن أو أمر مالكه ورضاه فجاز تملكه.

---

(١) التجريد(٨/ ٣٨٦٧).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ٧)، و بدائع الصنائع(٦/ ٢٠٢)، و البحر الرائق(٥/ ١٧٠).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٤٣٠)، وقال في روضة الطالبين أصحها لا تملك إلا بلفظ كقوله: تملكت ونحوه. انظر: روضة الطالبين(٥/ ٤١٢).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٨٦٧-٣٨٦٨).

وعند القُدوري أن الزكاة من مال أهل الحرب إن كان الملك معينًا يجوز تملكه بغير رضا مالكه، فيجوز إذا كان غير معين، أما اللقطة فلا يجوز تملكها إذا تعين صاحبها إلا بإذنه أو بإذن من يلي، فكذلك إذا لم يتعين.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الزكاة من مال أهل الحرب معنى غير موجود في اللقطة وهو جواز التملك بغير رضا مالكه.



المسألة الرابعة: حكم التقاط الفاسق للقطة[1].

مذهب الحنفية أنه إذا التقط الفاسق اللقطة لم يعترض عليه[2].

وفصَّل الشافعي في المسألة إن كان غير مأمون في دينه، ففيها قولان: أحدهما: أن القاضي يأمر بضمها إلى مأمون وبأمر المأمون والملتقط بالتعريف. الثاني: أنه لا ينزعها من يده ولكن يضم إليه أمينا يشرف عليه[3].

نص القُدوري«احتجوا: بأنها في السنة أمانة فولاية كالوصية،وكما أن الوصي إذا فسق أخذ القاضي المال من يده كذلك الملتقط.

قلنا: الوصي لم يجعل له التصرف بشرط الضمان، فإذا لم يرض المالك بيده مُنع من الإمساك الذي لم يؤمر أن يؤدي إلى الضمان، وأما الملتقط فقد أذن له في التصرف المؤدِّي إلى الضمان، فإذا أثبت له ذلك بالشرع لم يمنع من الإمساك الذي يجوز أن يُؤدي إليه»[4].

بيانه: استدل الشافعية على عدم إقرار الفاسق على التقاطه اللقطة بعدم إقراره على الوصية بجامع أن في السنة أمانة فولاية وكما أن الوصي إذا فسق أخذ القاضي المال من يده كذلك الملتقط.

و للقُدوري فرق بين الاثنين فذكر أن الوصي لم يجعل التصرف بشرط الضمان، فإذا لم يرض المالك بيده مُنع من الإمساك الذي لم يؤمر أن يؤدي إلى الضمان، أما الملتقط فقد

---

(١) التجريد(٨/ ٣٨٧٥).

(٢) انظر: البحر الرائق(٥/ ١٦٢).

(٣) انظر: مختصر المزني(١/ ١٣٥)، وذكر في المهذب: إن وجد الفاسق اللقطة لا يأخذها لأنه لا يؤمن أن يؤدي الأمانة فيها، فإن ألتقطها ففيه قولان: الأول: لا تقر في يده وهو الصحيح؛ لأن الملتقط قبل الحول كالولي في حق الصغير، والفاسق ليس من أهل الولاية في المال. الثاني: تقر في يده لأنه كسب بفعل فأقر في يده الصيد ويضم إليه من يشرف عليه. انظر: المهذب(١/ ٤٣٤).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٨٧٥-٣٨٧٦).

أذن له في التصرف المؤدِّي إلى الضمان، فإذا أثبت له ذلك بالشرع لم يمنع من الإمساك الذي يجوز أن يُؤدي إليه.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الملتقط مانع غير موجود في الوص وهو الإذن في التصرف المؤدي للضمان.



المسألة الخامسة: جُعْلُ[1] من رد الآبق[2] من مسيرة سفر[3].

مذهب الحنفية: من رد آبقا على مولاه من مسيرة سفر فله أربعون درهما وإن رده من أقل ذلك فبحسابه[4].

المذهب الشافعي: إن شرط المولى جعلاً فقال: من جاء بعبدي فله كذا استحق الذي رده ما شرط وإن لم يشترط جعلاً لم يستحق شيئا[5].

نص القُدوري«قالوا: عمل لغيره عملاً لم يشترط له، ولا من ينوب عنه عوضًا، فوجب أن لا يستحق العوضكما لو خاط ثوباً.

قلنا: الخياطة تقع لمالك الثوب تارة وللخياط أخرى، ألا ترى أنه يخيط على طريق الغصب ونخيط للمالك فلا يستحق العوض إلا بالتراضي والرد على المالك لا يقع إلا لمنفعة المالك فجاز أن يستحق عليه العوض من غير شرط ولا يلزمه رد الضوال...»[6].

بيانه: قاس الشافعية عدم استحقاق من رد الآبق العوض على عدم استحقاق الخياط العوض ما لو خاط ثوبًا والجامع أن كليهما عمل لغيره عملاً لم يشترط له، ولا من

(١) الجُعْل لغةً: بالضم ما جُعل للإنسان من الشيء على الشيء بفعله وكذلك الجُعالة. انظر: اللسان(١١/ ١١٢)، والتعريفات(ص٥٢).

(٢) الإباق لغةً: الهرب لا عن تعب ولا رهب والآبق الهارب وهو هرب العبيد وذهابهم من غير خوف ولا كد عمل. انظر: اللسان(١٠/ ٣). أما شرعاً: هو المملوك الذي يفر من مالكه قصداً. انظر: التعريفات(ص٢٠).

(٣) التجريد(٨/ ٣٨٨٢).

(٤) وهذا استحسان أما في القياس لا جعل له وهو قول الشافعي. انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ١٧)، وبدائع الصنائع(٦/ ٢٠٥).

(٥) انظر: الأم(٤/ ٦٩)، و المهذب (١/ ٤١١).

(٦) انظر: التجريد(٨/ ٣٨٨٦). والضوال: جمع ضال وهو الشيء الضائع أو الهالك، والضالة: البهيمة الضائعة سواء ذكر أو أنثى. انظر: مختار الصحاح (١/ ١٦٠).

ينوب عنه عوضًا، فوجب أن لا يستحق العوض.

وخالف القُدوري وفرَّق بين المسألتين فذكر أن الخياطة تقع لمالك الثوب تارة وللخياط أخرى ألا ترى أنه يخيط على طريق الغصب ونخيط للمالك فلا يستحق العوض إلا بالتراضي؟ أما الرد على المالك - أي رد الآبق - لا يقع إلا لمنفعة المالك فجاز أن يستحق عليه العوض من غير شرط ولا يلزمه رد الضوال.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في رد الآبق مانع غير موجود في الخياطة وهو : وقوعه لمنفعة المالك خاصة.

ويجاب أنه لا فرق بين من خاط الثوب بلا شرط وبين من رد الضال بلا شرط فكلاهما لا يستحق شيئاً إلا بالتراضي.

المطلب الواحد والعشرون: في التطبيقات الفقهية في كتاب اللقيط

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: حكم إسلام الصبي العاقل وردته.
- المسألة الثانية: حكم إذا ادعى نسب اللقيط اثنان فوصف أحدهما علامة في جسده.
- المسألة الثالثة: حكم إذا مات اللقيط ولم يترك والداً فجاء واحد وادعى نسبه.
- المسألة الرابعة: تصرف اللقيط وعقده العقود.
- المسألة الخامسة: ادعاء الكافر نسب اللقيط.



المسألة الأولى: حكم إسلام الصبي العاقل وردته[1].

يرى الأحناف أن إسلام الصبي الذي يعقل إسلامٌ وردته ردة معتبرة[2]، فعبارته في هذين الجانبين مما يعوّل عليه.

وقال أبو يوسف: إسلامه إسلام وردته ليست ردة، وقال زفر: لا يكون إسلامه إسلامًا ولا ردته ردة[3].

وفي المذهب الشافعي: يُحال بينه وبين أهله، ويُسَلَّم إلى مسلم حتى يبلغ، فإن وصف الإسلام حُكِم بإسلامه وإن وصف الكفر أُقِرَّ عليه. ومن أصحابه من قال: إذا أسلم حكم بإسلامه من حيث أسلم وهو صبي[4].

نص القُدوري«احتجوا: بأنه تابع في الإسلام لغيره، فوجب أن لا يصح إسلامه بنفسه،كالصغير الذي لا يميز.

قلنا:..... ولأن الصبي الذي لا يعقل لم يوجد منه القصد إلى الإسلام فلا يُحكم بإسلامه، والعاقل قصد الإسلام وهو بعقله فحُكِم بإسلامه»[5].

بيانه: جعل الشافعية قياسهم في هذه المسألة عدم صحة إسلام الصغير الذي لا يميز والجامع أن كليهما تابع في الإسلام لغيره، فوجب أن لا يصح إسلامه بنفسه.

والفرق عند القُدوري أن الصبي الذي لا يعقل لم يوجد منه القصد إلى الإسلام فلا يُحكم بإسلامه، إنما العاقل قصد الإسلام وهو بعقله فحُكِم بإسلامه.

(١) التجريد(٨/ ٣٨٩٣).

(٢) انظر: الجامع الصغير(ص ٣٠٦)، والهداية شرح البداية(٢/ ١٦٩)، والبحر الرائق(٥/ ١٤٩).

(٣) انظر: مراجع الحنفية السابقة.

(٤) ذكر في الأم أنه من بلغ منهم أُمر بالإسلام فإن أسلم وإلا قتل. انظر: الأم(١/ ٢٥٨)، والمهذب (١/ ٤٣٧).

(٥) انظر: التجريد(٨/ ٣٨٩٦-٣٨٩٧).

نوع الفرق معارضة في الفرع حيث وجد في العاقل مانع غير موجود في الصبي وهو قصد الإسلام بعقله.

المسألة الثانية: حكم إذا ادعى نسب اللقيط اثنان فوصف أحدُهما علامة في جسده[1].

إذا ادعى نسب اللقيط اثنان فوصف أحدُهما علامة في جسده كان أحق به. وهذا قول الحنفية[2].

وأرجع الشافعي الأمر إلى القافة[3]، فإن ألحقوه بأَحدهما فهو أولى وإن ألحقوه بهما أو لم يكن به قافة فإنه يُترك حتى يبلغ، وينسب إلى أحدهما[4].

نص القُدوري«احتجوا:بأنه وصف للمدعي، فوجب أن لا تقوم به الدعوى أصله: إذا وصف اللقطة.

والجواب: أن هناك لا يُستَحق بالدعوى فلا يُرَجَّح بالوصف، وهذا استُحِق بالقول فيُرَجَّح بالوصف....»[5].

بيانه:قاس الشافعية عدم الاعتبار بالوصف من أحدهما على عدم اعتبار الوصف في اللقطة بجامع أن كلا منهما وصف للمدعي، فوجب أن لا تقوم به الدعوى[6].

---

(١) التجريد(٨/ ٣٨٩٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ١٩٩)، و الهداية شرح البداية(٢/ ١٧٣)، و البحر الرائق(٥/ ١٥٧).

(٣) القافة: جمع قائف وهو من يعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه ويتبعه به، وقاف أثره: تبعه. وهو هنا من يلحق اللقيط بأهله اعتمادا على الملامح كشكل الفم أو العين أو الجبهة أو الأنف، وهو علم نبغت فيه العرب أكثر من سائر الأمم، أما معرفة الآثار فالعارف بها يسمى قاصًّا للأثر. انظر: اللسان(٩/ ٢٩٣).

(٤) انظر: الحاوي للماوردي(٨/ ٥٢-٥٣)، والمهذب(١/ ٤٣٧).

(٥) انظر: التجريد(٨/ ٣٨٩٩-٣٩٠٠).

(٦) أي أن وصف اللقطة لمن التقطها ليست دعوى تثبت له حق اللقطة بدليل أنه لو وصفها ثم أقام آخر البينة بأنها لقطته فهي لصاحب البينة. فكذلك إذا وصف اللقيط فإن ذلك لا يعد دعوى له يتملك بها اللقيط. انظر: المجموع(١٥/ ٢٦٨).

اعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن اللقطة لا تُستَحق بالدعوى فلا تُـرَجَّح بالوصف، أما اللقيط هنا استُحِق بالقول فيُرَجَّح بالوصف.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في اللقـيط مـانع غـير موجـود في اللقطـة وهو الاستحقاق بالقول.



المسألة الثالثة: حكم إذا مات اللقيط ولم يترك والداً فجاء واحد وادعى نسبه[1].

إذا مات اللقيط ولم يترك والدا فجاء رجل وادعى نسبه لم يثبت. عند الحنفية[2]. وأثبته الشافعي[3].

نص القُدوري«احتجوا:بأنه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع وجود الإمكان وعدم المنازع من غير إلحاق الضرر بأحد، فوجب أن يصح،أصله:إذا كان حياً.

والجواب:أنه إذا كان حيًا فهو ممن تثبت له حقوقه عليه ولأن دعوى الحي فيه منفعة له،لا تلزم نفقته وحضانته،وميراثه يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون كما يجوز أن يرث منه ويجوز أن يموت مورثه، وأما بعد الموت فيدعي ويستحق ويلتزم دفنه فصار في معنى المعاوضة فاتهم فيه فلم يثبت بقوله»[4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على ثبوت نسبه إذا ما كان حيًا بجامع أن كلا منهما أقر بنسب صغير مجهول النسب مع وجود الإمكان وعدم المنازع من غير إلحاق الضرر بأحد، فوجب أن يصح.

ولم يصحح القُدوري هذا المذهب بذكر الفرق بين المسألتين فإذا كان حيًا فهو ممن تثبت له حقوقه على المُدعي ولأن دعوى الحي فيه منفعة له، فلا تلزم نفقته وحضانته أما ميراثه فيجوز أن يرث ويجوز أن لا يرث كما يجوز أن يرث المُلتقط منه ويجوز أن يموت مورثه، أما بعد الموت فيدعي ويستحق ويلتزم دفنه فصار في معنى المعاوضة فاتهم فيه فلم يثبت بقوله.

(١) التجريد(٨/ ٣٩٠١).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٠/ ٢١٤)، و البحر الرائق(٥/ ١٥٧).

(٣) انظر: السراج الوهاج لمحمد الغمراوي دار المعرفة بيروت(١/ ٣١٤).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٩٠١).

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في الحي معنى غير موجود في الميت وهو ثبوت الحقوق.

المسألة الرابعة: تصرف اللقيط وعقده العقود[1].

مذهب الحنفية أنه إذا بلغ اللقيط فتصرف وعقد العقود ثم أقر بالرق لإنسان فصدقه قُبِل قوله على نفسه ولم يُقبل قوله في فسخ العقود وبطلان التصرف[2].

المذهب الشافعي في أحد قوليه مثل القول السابق، وقال في الآخر: تفسخ عقوده[3].

نص القُدوري«احتجوا:بأن ما ثبت به الرق تثبت به أحكام،كما لو أقر المدعي البينة على الرق.

والجواب: أنه إذا أقام البينة ثبت الرق على وجه لا تهمة فيه فاتبعه أحكامه، فإذا أقر به اتهم في حق عليه فلم تتبعه الأحكام. ألا ترى أن العبد المبيع إذا شهد الشهود بحريته رجع المشتري على البائع بالثمن ولو أقر أنه ابنه عتق عليه وثبت نسبه وعلمنا أنه حر الأصل ولم يرجع على البائع بشيء»[4]

بيانه:قاس الشافعية فسخ العقود في حالة إقراره بالرق على نفسه على فسخ العقود في حالة ما لو أقر المدعي البينة على الرق بجامع أن كلا منهما ثبت به الرق فتثبت به الأحكام.

والفرق عند القُدوري أنه إذا أقام المدعي البينة ثبت الرق على وجه لا تهمة فيه فاتبعه أحكامه، أما إذا أقر به اللقيط اتهم في حق عليه فلم تتبعه الأحكام. ثم قال: ألا ترى أن العبد المبيع إذا شهد الشهود بحريته رجع المشتري على البائع بالثمن ولو أقر أنه ابنه عتق عليه وثبت نسبه وعلمنا أنه حر الأصل ولم يرجع على البائع بشيء؟

(١) التجريد(٨/ ٣٩٠٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ١٩٨)، و البحر الرائق(٥/ ١٦٠).

(٣) انظر: مختصر المزني(١/ ١٣٧)، و المهذب(١/ ٤٣٨).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٩٠٥).

نوع الفرق معارضة في الفرع حيث وجد في اللقيط مانع غير موجود في المدعي البينة وهو التهمة في حق عليه.

المسألة الخامسة: ادعاء الكافر نسب اللقيط[1].

مذهب الحنفية: إذا ادعى الكافر اللقيط ثبت نسبه وكان مسلما[2].

المذهب الشافعي في أحد قوليه: يكون على دينه[3].

نص القدوري«قالوا:بأنه لما ثبت نسبه تبعه في دينه،كما لو ثبت بالبينة.

قلنا: إذا ثبت بالبينة والشهود لا يُتَّهَمُون في شهادتهم فعلم بمضمون الشهادة، والمُقِرُّ متهم في إقراره فيجوز أن يقبل بعض ذلك دون بعض»[4].

بيانه: قاس الشافعية إتباع اللقيط لدين أبيه الكافر الذي ادعى نسبه على إتباع اللقيط لدين أبيه ما لو ثبت بالبينة أي ثبت نسبته إلى الكافر بالبينة بجامع أن كلا منهما لما ثبت نسبه تبعه في دينه.

اعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أنه إذا ثبت بالبينة - والشهود لا يُتَّهَمُون في شهادتهم - عمل بمضمون الشهادة، أما المُقِرُّ فمتهم في إقراره فيجوز أن يقبل بعض ذلك دون بعض.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المقر مانع غير موجود في الثابت بالبينة وهو الاتهام في الإقرار.



(١) التجريد(٨/ ٣٩٠٦).

(٢) ظاهر قول الشافعي هذا القول. انظر: المهذب(١/ ٤٣٦)، و بدائع الصنائع(٦/ ١٩٩)، و البحر الرائق(٥/ ١٥٨).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٤٣٦).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٩٠٦).

المطلب الثاني والعشرون: في التطبيقات الفقهية في كتاب الفرائض

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: ميراث ذوي الأرحام.
- المسألة الثانية: الرد على أصحاب الفروض عدا الزوجين.
- المسألة الثالثة: حكم إذا قتل الصبي مورثه.
- المسألة الرابعة: حافر البئر وواضع الحجر في الطريق لا يحرم من الميراث.
- المسألة الخامسة: ميراث الجد مع الأخوة.



المسألة الأولى: ميراث ذوي الأرحام[1].

يرى الحنفية أن ذوي الأرحام أولى بالميراث من بيت المال. وهم من لا سهم[2] لهم ولا تعصيب[3] من الأقارب، مثل أولاد البنات وبنات الأخوة وولد الأخوات وولد الإخوة من الأب وبنات العم والعم من الأم والعمة وأولادهما والخال والخالة وأولادهما والجد أبو الأم[4].

وعند الشافعي أن بيت المال أولى منهم[5].

نص القُدوري«قالوا: كل أنثى ساوت أخاها في القرابة، إذا لم تشارك في الإرث لم تكن وارثة،كبنت المولى.

قلنا:ولد المعتق يرثون بتعصيب المعتق لا بقرابته بدلالة أن المعتق إذا خلف ابنين فمات أحدهما وترك ابنا وترك الآخر خمس بنيين ورثوا المعتق لا بتعصيب لهما، فلم تشارك أخاها ولم تستحق بانفرادها، فأما أقارب الميت فيستحقون بالرحم إذا اجتمعت الأنثى مع الذكر في الدرجة وتساويا في القوة وتشاركا كالبنت والابن لأن الابن عصبة والبنت ذات سهم ولكل واحد في الأمرين ضرب من القوة ليس للآخر»[6].

بيانه : قاس الشافعية عدم أحقيتهم بالميراث من بيت المال على عدم أحقية بنت

---

(١) التجريد(٨/ ٣٩١١).

(٢) السهم: جمعه أسهم: وهو النصيب والحظ. انظر: اللسان(١٢/ ٣١٤).

(٣) العصبة: البنون وهم قرابة الرجل لأبيه. كأنها جمع عاصب، وإن لم يسموا من عصبوا به أحاطوا حوله وإنما سُمُّوا عصبة لأنهم عصبوا بالميت. انظر: اللسان(١/ ٦٠٥-٦٠٦)، و هي ثلاثة أنواع: الأول: العصبة بالغير: وهي النسوة التي فرضهن النصف والثلثان يسرن عصبة بإخوانهن. الثاني: العصبة بالنفس: وهو كل ذكر لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى. الثالث: العصبة مع الغير: وهي كل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالأخت مع البنت. انظر: التعريفات(ص١٩٤-١٩٥).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي(٣٠/ ٣).

(٥) انظر: المهذب(٢/ ٢٤).

(٦) انظر: التجريد(٨/ ٣٩٢١-٣٩٢٢).

المولى بالميراث بجامع أن كلا منهما أنثى ساوت أخاها في القربة، إذا لم تشارك في الميراث لم تكن وارثة.

والفرق الذي ذكره القُدوري أن ولد المعتق يرثون بتعصيب المعتق لا بقرابته بدلالة أن المعتق إذا خلف ابنين فمات أحدهما وترك ابنا وترك الآخر خمس بنيين ورثوا المعتق لا بتعصيب لهما، فلم تشارك أخاها ولم تستحق بانفراده[1]، فأما أقارب الميت فيستحقون بالرحم إذا اجتمعت الأنثى مع الذكر في الدرجة وتساويا في القوة وتشاركا كالبنت والابن لأن الابن عصبة والبنت ذات سهم ولكل واحد في الأمرين ضرب من القوة ليس للآخر.

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في ولد المعتق معنى غير موجود في أقارب الميت وهو الإرث بتعصيب المعتق لا بقرابته.



المسألة الثانية: الرد على أصحاب الفروض[١] عدا الزوجين[٢].

إذا لم تستغرق السهام الفريضة ولا عصبة للميت رُدَّ[٣]عليهم بقدر سهامهم إلا على الزوج والزوجة هكذا قال الحنفية[٤].

وفي المذهب الشافعي: الفاضل عن السهام لبيت المال[٥].

نص القُدوري«قالوا: ذوسهم لا تعصيب له فوجب ألا يُزاد على فرضه، كالزوج والزوجة.قلنا: الزوج ليس له جهة يستحق بها إلا زوجية، فلا يستحق بها بقية المال، وأما البنت فلها البنوة والرحم، فإذا استحقت بكونها بنت نصفاً جاز أن تستحق الباقي برحمها عندنا..»[٦].

بيانه: قاس الشافعية عدم الرد على أصحاب الفروض على عدم الرد على الزوج والزوجة بجامع أن كلا منهما ذو سهم لا تعصيب له، فوجب ألا يُزاد على فرضه.

---

(١) الفروض لغةً: من الفرض: وهو التقدير ومصدر كل شيء تفرضه أو توجبه على إنسان بقدر معلوم. انظر: اللسان (٧/ ٢٠٢).

(٢) التجريد(٨/ ٣٩٢٧).

(٣) الرد لغة: العود والرجوع والصرف. وفي الاصطلاح: الرد ضد العول بأن تزيد الفريضة على السهام و لا عصبة هناك تستحقه فيرد على ذوي السهام بقدر سهامهم إلا على الزوجين. انظر: مختار الصحاح(١/ ١٠١)، و التعريفات(ص ١٤٧).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي(٢٩/ ١٩٢)، و تبيين الحقائق(٦/ ٢٤٦).

(٥) وقد أفتى متأخرو الشافعية بالرد على أهل الفرض إذا لم ينتظم أمر بيت المال، وهذا لا ينافي أن كثيرا من المتقدمين قد أفتوا بذلك

انظر: إعانة الطالبين(٣/ ٢٢٥)، مغني المحتاج(٣/ ٧).

(٦) انظر: التجريد(٨/ ٣٩٣٠- ٣٩٣١).

وقدح القُدوري هذا بالفرق، فذكر أن الزوج ليس له جهة يستحق بها إلا زوجية، فلا يستحق بها بقية المال، أما البنت فلها البنوة والرحم، فإذا استحقت بكونها بنتًا النصفَ جاز أن تستحق الباقي برحمها عند الحنفية.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في البنت مانع غير موجود في الزوج وهو البنوة والرحم.

ويمكن أن يجاب على هذا أن الزوج لو كان ذا رحم فإنه يستحق الرد عليه للرحم.



المسألة الثالثة: حكم إذا قتل الصبي مورثه[1].

إذا قتل الصبي مورثه لا يحرم من الميراث، وكذلك المجنون وهو مذهب الأحناف[2].

وأفتى الشافعي بأنهما لا يرثان[3].

نص القُدوري«قالوا: قاتله فلا يرث كالعاقل البالغ.

قلنا:.... والمعنى في البالغ العاقل إن فعله إذا وقع على وجه العمد جاز أن يوجب القصاص، وفعل الصبي إذا وقع عمدًا لم يجز أن يوجب القصاص، فلم يوجب حرمان الميراث»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم توريث الصبي والمجنون إذا قتلا مورثهما على عدم توريث البالغ العاقل إذا قتل مورثه بجامع أن كلا منهما قاتل للمورث فلا يرث.

وفرَّق القُدوري فذكر أن المعنى في البالغ العاقل أن فعله إذا وقع على وجه العمد جاز أن يوجب القصاص، أما الصبي ففعله إذا وقع عمدًا لم يجز أن يوجب القصاص، فلم يوجب حرمان الميراث.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في البالغ معنى غير موجود في الصبي وهو أن الفعل إذا وقع على وجه العمد يوجب القصاص.



(١) التجريد(٨/ ٣٩٣٥).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٢٧/ ١٠٩، ٣٠/ ٤٨)، و بدائع الصنائع(٧/ ٢٣٤).

(٣) انظر: المهذب(٢/ ٢٤).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٩٣٧).

المسألة الرابعة: حافر البئر وواضع الحجر في الطريق لا يحرم من الميراث[1].

وهو مذهب الحنفية[2]. وفي المذهب الشافعي يُحرمان[3].

نص القدوري«قالوا:....ولأن ما تعلق بقتل الخطأ، جاز أن يتعلق بحفر البئر ووضع الحجر، كالدية. قلنا: والمعنى في المباشرة أنه يُتَّهَم فيها لجواز أن يكون قَصَد القتل، وليس كذلك حفر البئر؛ لأنه لا يُتَّهم فيه ولأن المباشرة يجوز أن يتعلق بها القصاص، فجاز أن يتعلق بها حرمان من الميراث. والحفر لا يجوز أن يتعلق به قصاص فلا يتعلق به حرمان من الميراث فصار كالأمر»[4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على حرمان القاتل بالخطأ من الميراث ووجوب الدية والجامع تعلق كلا منهما بقتل الخطأ، فجاز أن يتعلق بحفر البئر ووضع الحجر.

والفرق الذي جاء به القُدوري هو: أن المعنى في المباشرة أنه يُتَّهَم فيها لجواز أن يكون قَصَد القتل، وليس كذلك حفر البئر؛ لأنه لا يُتَّهم فيه.

وفرق آخر أن المباشرة يجوز أن يتعلق بها القصاص، فجاز أن يتعلق بها الحرمان من الميراث. أما حفر البئر فلا يجوز أن يتعلق به قصاص فلا يتعلق به حرمان من الميراث فصار كالأمر.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في المباشرة معنى غير موجود في حفر البئر وهو الإتهام فيها، وتعلق القصاص بها.

---

(١) التجريد(٨/ ٣٩٤٠).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٣٠/ ٤٧)، و بدائع الصنائع(٧/ ٢٣٩)، و الهداية شرح البداية(٤/ ١٥٩).

(٣) انظر: المهذب(٢/ ٢٤).

(٤) وذكر في بدائع الصنائع: أن القتل تسببا لا يساوي القتل مباشرة لأن القتل تسببا قتل معنى لا صورة، والقتل مباشرة قتل معنى وصورة، والجزاء القتل مباشرة. انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٢٣٩). والتجريد(٨/ ٣٩٤٠-٣٩٤١).

المسألة الخامسة: ميراث الجد مع الأخوة[1].

يَنُصُّ المذهب الحنفي على أن الجد أولى بالميراث من الأخوة[2].

وعن أبي يوسف ومحمد: يشاركونه ما لم تنقصه مقاسمة من الثلث فيه، وعليه المذهب الشافعي[3].

نص القُدوري«ولأن تعصيب الجد يُستفاد بالولاء صار كالأب ولا يلزم به الاسم إذ كان مولى لأن تعصيبه مستفاد بالعتق لا بالولادة.

فإن قيل: المعنى في الأب أن الأخوة يدلون به ومن يدلي بعصبة لا يرث معه كما لا يرث الجد مع الأب وابن الابن مع الابن، وابن الأخ مع الأخ،وليس كذلك الجد الآخر ولا يدلون به وإنما هم في درجة واحدة وتعصيبهم بالبنوة لأنهم أولاد أبي الميت والجد أبو الميت والبنوة في هذه الدرجة على قوتها فإن تعصيب أخيه كالولد.

قلنا: الأب لم يسقط الأخوة لأنهم يدلون به بدلالة أنه يُسقِط الأخوة لأم وهم لا يدلون به وكذلك يُسقِط ولده فلما سَقَط به ولد الأم وعليه الفرع يبطل، فإن الجد وابن الأخ وأولاد الأخ لا يدلون به وقد ساواهم في الدرجة»[4].

بيانه: قاس القُدوري صحة تعصيب الجد على صحة تعصيب الأب بجامع أن تعصيب الجد يُستفاد بالولاء.

ثم وضع قدحاً بذكر الفرق فقال: فإن قيل: المعنى في الأب أن الأخوة يدلون به ومن يدلي بعصبة لا يرث معه كما لا يرث الجد مع الأب وابن الابن مع الابن، أما الجد ليس كذلك ولا يدلون به وإنما هم في درجة واحدة وتعصيبهم بالبنوة لأنهم أولاد أبي

(١) التجريد(٨/ ٣٩٤٤).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٢٩/ ١٨٠)، و تبيين الحقائق(٦/ ٢٣٠-٢٣١).

(٣) انظر: مختصر المزني(ص١٤٢)، و المهذب(٢/ ٣١).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٩٤٦).

الميت والجد أبو الميت والبنوة في هذه الدرجة على قوتها فإن تعصيب أخيه كالولد.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الأب معنى غير موجود في الجد وهو أن الأخوة يدلون به.

ثم أجاب على هذا القادح فقال: الأب لم يسقط الأخوة لأنهم يدلون به بدلالة أنه يُسقِط الأخوة لأم وهم لا يدلون به وكذلك يُسقِط ولده فلما سَقَط به ولد الأم وعليه الفرع يبطل، فإن الجد وابن الأخ وأولاد الأخ لا يدلون به وقد ساواهم في الدرجة.



المطلب الثالث والعشرون: في التطبيقات الفقهية في كتاب الوصايا

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: حكم ما إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلث ماله فلم تجز الورثة.
- المسألة الثانية: حكم إذا أوصى بجميع ماله فأجازت الورثة.
- المسألة الثالثة: الوصية للأقارب.
- المسألة الرابعة: حكم الوصية للقاتل.
- المسألة الخامسة: حكم ما إذا أَعْتَق ثم أَعْتَق.



المسألة الأولى: حكم ما إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلث ماله فلم تجز الورثة[1].

مذهب الحنفية أنه إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلث ماله فلم تجز الورثة الوصية فالثلث بينهما نصفان[2].

وقال أبو يوسف ومحمد: الثلث بينهما على خمسة أسهم. وعليه المذهب الشافعي[3].

نص القدوري«قالوا: فاضل بينهما في العطية من ماله فوجب أن يتفاضلا كما لو أوصى بالثلث والربع.

قلنا: هناك كل واحد منهما أوصى له بما يستحقه حال الانفراد إلا بإجازة، فلذلك لم يجز بضرب من غير إجازة مع قيام حق الورثة فلذلك تضاربا، وفي مسألتنا: أوصى بما لا يجوز أن يستحق حال الانفراد مع قيام حق الورثة إلا بإجازة، فلذلك لم يضرب بجميع وصيته»[4].

بيانه: قاس الشافعية التفاضل بينهما في الوصية على تفاضل ما لو أوصى بالثلث والربع بجامع أن كلا منهما فاضل بينهما في العطية من ماله فوجب أن يتفاضلاً.

اعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أنه لما أوصى بالثلث والربع فكل واحد منهما أوصى له بما يستحقه حال الانفراد إلا بإجازة، فلذلك لم يجز بضرب من غير إجازة مع قيام حق الورثة فلذلك تضاربا، أما في هذه المسألة النصف والثلث أوصى بما لا يجوز أن يستحق حال الانفراد مع قيام حق الورثة إلا بإجازة، فلذلك لم يضرب بجميع وصيته.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الثلث والربع معنى غير موجود في النصف والثلث وهو أنه أوصى له بما يستحقه حال الانفراد إلا بإجازة.



(١) التجريد(٨/ ٣٩٩٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٣٧٤).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٤٥٧).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٣٩٩٥).

المسألة الثانية: حكم إذا أوصى بجميع ماله فأجازت الورثة[(١)].

مذهب الحنفية: إذا أوصى بجميع ماله فأجازت الورثة كان تمليكا من الميت وكذلك الوصية للوارث[(٢)].

المذهب الشافعي: في أحد قوليه: يكون هبة من الورثة إن قبضت صحت وإلا بطل[(٣)].

نص القدوري«قالوا: ملك للورثة ملكه بموت الموصيفوجب أن يكون تمليكاً من جهته كما لو وهب ملك نفسه وسلمه.

قلنا:...والمعنى في الهبة المبتدأة أنها تفتقر إلى لفظ صحيح يصح ابتداء العقد به، هنا فلما لم يفتقر هذا إلى لفظ يجوز ابتداء العقد به لم يكن تمليكًا من الوارث»[(٤)].

بيانه: قاس الشافعية جواز إجازة الورثة للوصية بجميع ماله تمليكًا من جهة الورثة – ويكون هبة – على جواز ما لو وهب ملك نفسه وسلمه بجامع أن كلا منهما ملك للورثة ملكه بموت الموصي.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى في الهبة المبتدأة أنها تفتقر إلى لفظ صحيح يصح ابتداء العقد به، أما هنا في الوصية لما لم يفتقر إلى لفظ يجوز ابتداء العقد به لم يكن تمليكًا من الوارث.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الهبة معنى غير موجود في الوصية وهو الإفتقار إلى لفظ صحيح يصح ابتداء العقد به.



(١) التجريد(٨/ ٣٩٩٩).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٢٧/ ١٤٧)، وبدائع الصنائع(٧/ ٣٧٠)، وهو أحد قولي الشافعية. انظر: المهذب(٢/ ٤٥٠).

(٣) وذكر في المجموع أنه لو أعتق عبدا لا مال له غيره فأجاز الوارث بثلث للميت قبلناه للورثة فكأنه بالإجازة أعتق الثلثين. انظر: المجموع(١٥/ ٤١٢)، والمهذب(٢/ ٤٥٠).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤٠٠٢).

المسألة الثالثة: الوصية للأقارب[1].

المذهب الحنفي: إذا أوصى لأقاربه اعتبر اثنان فصاعدًا من ذوي الأرحام المحرم ليس فيهم والد ولا ولد ويستحق ذلك الأقرب فالأقرب[2].

المذهب الشافعي: يصرف إلى جميع أقاربه من قبل القريب منهم والبعيد سواء[3].

نص القدوري« احتجوا : بأنهم يدخلون في عقد الأمان ومن دخل في عقد الأمان باسم القرابة دخل في الوصية،أصله غير الوالد والولد.

والجواب: أن الغرض بالأمان هو رفع الذل والرد عنهم ومن قصد هذا في غير ولده ففي ولده أولى أن يقصده، وأما الوصية فالمقصود منها الصلة وقد يقصد الإنسان الصدقة على غير الولد صيانة للولد عن ذلك دينا على ما فرض الله من الزكاة التي لا يجوز صرفها إلى ولد ولا والد))[4].

بيانه: قاس الشافعية جواز صرف الوصية إلى جميع الأقارب على جواز صرفها لغير الوالد والولد بجامع أن جميعهم يدخلون في عقد الأمان ومن دخل في عقد الأمان باسم القرابة دخل في الوصية.

اعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن الغرض بالأمان رفع الذل والرد عنهم

---

(١) التجريد(٨/ ٤٠٠٨). وأولاً: لا خلاف بين الفقهاء في أن الوصية للأقارب المراد بها غير الوارث لقوله ﷺ: (لا وصية لوارث). ثانيا: لا خلاف بين الفقهاء أن الوصية للأقارب هي للاثنين فصاعدا. ثالثا: الخلاف بينهم في الذين يستحقونها: هل يستحقها جميع الأقارب أم يستحقها الأقرب فالأقرب؟. انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام أبي الوليد ابن رشد القرطبي دار المؤيد ١٤١٧هـ. (٢/ ٣٣٧).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٢٧/ ١٥٥)، وبدائع الصنائع(٧/ ٣٤٨).

(٣) انظر: مختصر المزني(ص١٤٥)، ومغني المحتاج(٣/ ٦٣) وقد جعل المخالف هذه المسألة فصولاً وأفرد كل واحد منها بالكلام لمزيد من التفاصيل. انظر: التجريد(٨/ ٤٠٠٨).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤٠١١-٤٠١٢).

ومن قصد هذا في غير ولده ففي ولده أولى أن يقصده، أما الوصية فالمقصود منها الصلة وقد يقصد الإنسان الصدقة على غير الولد صيانة للولد عن ذلك دينا على ما فرض الله من الزكاة التي لا يجوز صرفها إلى ولد ولا والد.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الأقارب مانع غير موجود في غير الوالد والولد وهو أن الغرض بالأمان رفع الذل والرد عنهم.



المسألة الرابعة: حكم الوصية للقاتل[1].

مذهب الحنفية: لا تصح الوصية للقاتل، وإن قتل الموصى له الموصي بعد الوصية بطلت الوصية[2].

المذهب الشافعي: في أحد قوليه مثل قول الحنفية. وقال في القول الآخر: الوصية جائزة وإن قتل بعد الوصية لا تبطل[3].

نص القدوري«قالوا: من صحت له الوصية إذا لم يكن قاتلاً، صحت له الوصية إذا كان قاتلاً،أصله الصبي.

قلنا: الصبي لا يتعلق بفعله القَوَد فلم يتعلق به حرمان الوصية، والبالغ يجوز أن يتعلق بفعله القَوَد»[4].

بيانه: قاس الشافعية صحة الوصية للقاتل على صحة الوصية للصبي القاتل والجامع أن كليهما صحت له الوصية إذا لم يكن قاتلاً، فصحت له الوصية إذا كان قاتلاً.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن الصبي لا يتعلق بفعله القَوَد فلم يتعلق به حرمان الوصية، أما البالغ فيجوز أن يتعلق بفعله القَوَد.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في البالغ مانع غير موجود في الصبي وهو تعلق القود بفعله.

ويمكن أن يجاب عن هذا أن الوصية حق للموصي يصرفه كيف يشاء، لا يحتاج فيه إلى إذن إلا إذا كان أكثر من المقدار المحدد له شرعا وهو الثلث.

---

(١) التجريد(٨/ ٤٠٢١).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٢٧/ ١٧٦)، و بدائع الصنائع(٧/ ٣٣٩)، والمهذب(١/ ٤٥١).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٤٥١).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤٠٢٤).

المسألة الخامسة: حكم ما إذا أَعْتَق ثم أَعْتَق[1].

مذهب الحنفية: إذا أَعْتَق في مرضه ثم أَعْتَق عبدًا آخر تحاص العبدان - تقاسم العبدان - في الثلث، وكذلك إذا أوهب ثم وهب[2].

المذهب الشافعي: الأول أولى بالثلث[3].

نص القدوري«لنا :أنهما تبرعان في حال المرض من الثلث، كما أن ما يوجبه بعد الموت من الثلث فإذا كان ما يوجبه بعد موته من نوع واحد يستوي الأول والآخر كذلك هنا.

فإن قيل: المعنى في الوصايا أنه ملك الرجوع فيها، فجاز أن يوجب الوصية للثاني فيشترك بينه وبين الأول، وفي مسألتنا: لا يملك الرجوع عن العتق ولا عن الهبة فلذلك لا يملك الاشتراك بين الأول والثاني.

قلنا: ليس يمنع أن يملك الرجوع ويثبت في طريق الحكم بمقتضى إيجابه ما يؤدي إلى إسقاط حق الأول، ألا ترى أنه لو أعتق لم يملك الرجوع ولو أقر بدين بعد العتق قدم صاحب الدين على حق العتق / ولو أوصى بالثلث فأراد الورثة أن يطلبوا لم يملكوا ذلك، ولو شهدوا أنه أوصى لآخر اشترك الموصى لهما في الثلث، كذلك في مسألتنا»[4].

بيانه: قاس القُدوري تساوي الأول والثاني في الثلث في العتق على تساويهما في

---

(١) التجريد(٨/ ٤٠٢٧).

(٢) هناك اختلاف وقع بين الحنفية في هذه المسألة ولكن لم يذكر القُدوري هذا الاختلاف، فقد ذهب أبو حنيفة أنهما يتحابان في الثلث، وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان محابتين أو عتقين يبدأ بالعتق في الوجوه كلها ولا يحط شيء من القيمة عن المشتري إلا أن يفضل شيء من الثلث. انظر: المبسوط للسرخسي(٢٨/ ٩)، وبدائع الصنائع(٧/ ٣٧٤)، و تبيين الحقائق(٦/ ١٩٧).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٤٥٤).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤٠٢٧- ٤٠٢٨).

الوصية في الثلث والجامع أن كليهما تبرعا في حال المرض من الثلث، فإذا كان ما يوجبه بعد موته من نوع واحد استويا الأول والثاني.

ثم ذكر قادحًا بالفرق فقال: فإن قيل: المعنى في الوصايا أنه ملك الرجوع فيها، فجاز أن يوجب الوصية للثاني فيشترك بينه وبين الأول، أما في هذه المسألة: لا يملك الرجوع عن العتق ولا عن الهبة فلذلك لا يملك الاشتراك بين الأول والثاني.

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في الوصية معنى غير موجود في العتق وهو ملك الرجوع فيها.

ثم قال جوابًا عن هذا القادح : ليس يمنع أن يملك الرجوع ويثبت في طريق الحكم بمقتضى إيجابه ما يؤدي إلى إسقاط حق الأول، ألا ترى أنه لو أعتق لم يملك الرجوع ولو أقر بدين بعد العتق قدم صاحب الدين على حق العتق؟ ولو أوصى بالثلث فأراد الورثة أن يطلبوا لم يملكوا ذلك، ولو شهدوا أنه أوصى لآخر اشترك الموصى لهما في الثلث، كذلك في هذه المسألة.



المطلب الرابع والعشرون : في التطبيقات الفقهية في كتاب الوديعة

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: حكم السفر بالوديعة.
- المسألة الثانية: إذا أودع لدى الصبي فأتلف الوديعة.
- المسألة الثالثة: حكم إذا تعدى المُودَع في الوديعة ثم زال التعدي.
- المسألة الرابعة: حكم إذا أودعه كيسًا مسدودًا فحله أو صندوقًا مقفولاً ففتحه.
- المسألة الخامسة: حكم إذا قال المُودِع: لا تخرج الوديعة من هذا البيت فأخرجها إلى بيت آخر في الدار.



المسألة الأولى: حكم السفر بالوديعة[1].

المذهب الحنفي: يجوز للمُودَع - بالفتح من وضعت عنده الوديعة لحفظها بلا عوض - السفر بالوديعة[2].

المذهب الشافعي: لا يجوز له السفر بها[3].

نص القُدوري«قالوا:سافر بالوديعة بغير إذن صاحبها من غير ضرورة فلزمه، ضمانها،أصله إذا كان السفر مخوفاً.

قلنا:.... والمعنى في السفر المخوف أنه لو أمسكها في مثله في الحضر لم يجز كذلك في السفر، وإذا كان سفراً مأمونًا لو أمسكها على ذلك الوجه في الحضر لم يضمن كذلك في السفر»[4].

بيانه:قاس الشافعية عدم جواز السفر بالوديعة ولزوم ضمانها على عدم جواز السفر بها إذا ما كان السفر مُخَوفًا بجامع أن كلا منهما سافر بالوديعة بغير إذن صاحبها من غير ضرورة فلزمه، ضمانها.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى في السفر المخوف أنه لو أمسكها في مثله في الحضر لم يجز كذلك في السفر، أما إذا كان السفر مأمونًا لو أمسكها على ذلك الوجه في الحضر لم يضمن كذلك في السفر.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في السفر المامون مانع غير موجود في السفر المخوف وهو أنه لو أمسكها على ذلك الوجه في الحضر لم يضمن.



(١) التجريد(٨/ ٤٠٧٦).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ١٢٢)، و بدائع الصنائع(٦/ ٢٠٩).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٣٦٠)، ومغني المحتاج(٣/ ٨٣).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤٠٧٦-٤٠٧٧).

المسألة الثانية: إذا أودع لدى الصبي فأتلف الوديعة[1].

المذهب الحنفي: إذا أودع رجلاً صبياً مالاً أو أقرضه إياه فأتلفه فلا ضمان عليه[2].

وقال أبو يوسف: عليه الضمان. وهو المشهور من المذهب الشافعي، ومن أصحابه من قال فيها وجهًا آخر مثل قول أبي حنيفة[3].

نص القُدوري«احتجوا: بأن من ضمن المال بالإتلاف قبل الإيداع ضمنه بعده،أصله البالغ.

قلنا: البالغ يضمن بالتضييع بالإتلاف، والصبي الوديعة بالتضييع، فجاز أن يسقط عنه ضمانها بالإتلاف»[4].

بيانه قاس الشافعية وجوب ضمان الصبي للمال المودع لديه إذا أتلفه على وجوب ضمان البالغ بجامع أن كلا منهما ضمن المال بالإتلاف قبل الإيداع فضمنه بعده.

قدح القُدوري فقال مفرِّقًا بين المسألتين: البالغ يضمن بالتضييع وبالإتلاف، أما الصبي فيضمن الوديعة بالتضييع، فجاز أن يسقط عنه ضمانها بالإتلاف.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في البالغ معنى غير موجود في الصبي وهو الضمان بالتضييع وبالإتلاف.

---

(١) التجريد(٨/ ٤٠٨٤).

(٢) قال أبو حنيفة: بعدم الضمان وهو وجه للشافعي. انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ١١٩-١٢٠)، وبدائع الصنائع(٦/ ٢٠٧)، والمهذب(١/ ٣٥٩).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ١٢٠)، وبدائع الصنائع(٦/ ٢٠٧)، وهو المشهور من مذهب الشافعي. انظر: مغني المحتاج(٣/ ٨١).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤٠٨٥). وربما وجب الضمان في حالتي الصِّبا والبلوغ لأنه من قبيل ربط الأحكام بالأسباب وهو من باب: خطاب الوضع يستوي فيه الصبي والبالغ والعاقل والمجنون.

المسألة الثالثة: حكم إذا تعدى المُودَع في الوديعة ثم زال التعدِّي[1].

إذا تعدَّى المُودَع في الوديعة ثم أزال التعدي زال الضمان فعادت العين إلى الأمانة. وهو مذهب الحنفية[2].

المذهب الشافعي لا يزول الضمان بإزالة التعدي، فإن أذن له المالك في إمساكها بعد إزالة التعدي أو أبرأه من ضمانها زال الضمان في ظاهر المذهب.

ومن الشافعية من قال: لا يزول الضمان إلا بأن يأخذها من يده[3].

نص القُدوري« قالوا: تضمن الوديعة بالعدوان، فوجب أن تبطل بالاستئمار،أصله إذا جحد الوديعة ثم اعترف بها.

قلنا:....والمعنى في الجحود أن الضمان وجب بالمنع من المالك والمنع لا يزول بالاعتراف، وإنما يزول بالتخلية، وفي مسألتنا الضمان وجب بالمخالفة، وقد زالت بترك التعدي، فعادت العين إلى يد المُودَع كما كانت»[4].

بيانه:قاس الشافعية بطلان الضمان بالاستئمار- وهو أن يأذن المالك بإمساك الوديعة بعد أن زال التعدي، أو أن يُبَرِّأه من ضمانها - على بطلان الضمان إذا ما جحد الوديعة ثم اعترف بها بجامع أن الوديعة تضمن بالعدوان، فوجب أن تبطل بالاستئمار.

فقدح القُدوري موضِّحًا أن المعنى في الجحود أن الضمان وجب بالمنع من المالك والمنع لا يزول بالاعتراف، وإنما يزول بالتخلية، أما في هذه المسألة فالضمان وجب بالمخالفة، وقد زالت بترك التعدي، فعادت العين إلى يد المُودَع كما كانت.

---

(١) التجريد(٨/ ٤٠٨٧).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ١١٢)، و الهداية شرح البداية(٣/ ٢١٦).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٣٦٢)، و مغني المحتاج(٣/ ٨٨).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤٠٩٠).

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في الجحود معنى غير موجود في الاستئمار وهو أن الضمان وجب بالمنع من المالك،ولا يزول بالاعتراف.



المسألة الرابعة: حكم إذا أودعه كيسًا مسدودًا فحلَّه أو صندوقًا مقفولاً ففتحه[1].

المذهب الحنفي: إذا أودعه كيسًا مسدودًا فحلَّه أو صندوقًا مقفولاً ففتح القفل لم يضمن الوديعة[2]. المذهب الشافعي: يضمنها[3].

نص القدوري «احتجوا: بأنه يملك الوديعة، فصار كما لو نقب البيت وتركها فيه.

قلنا: يبطل إذا أودعه دراهم فسدها في كيس ثم حله، والمعنى في أصل أنه ضيع الحفظ حتى مكن منها، وفي مسألتنا حلُّ الكيس ليس بتمكين من الوديعة؛ لأن من يقدر على ما في الكيس يقدر على أخذه بسده وإذا لم يضع لم يحفز ولم يضمن»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب ضمان الوديعة إذا حلَّ كيسا أو فتح قفل صندوق على وجوب ضمانها ما لو نَقَبَ البيت وتركها فيه بجامع أن كلا منهما يملك الوديعة، فوجب ضمانها.

وأبطل القُدوري هذا الفرق، فذكر أن المعنى في أصل تنقيب البيت وتركها فيه أنه ضيع الحفظ حتى مكن منها، أما في هذه المسألة فحلُّ الكيس ليس بتمكين من الوديعة لأن من يقدر على ما في الكيس يقدر على أخذه بسده وإذا لم يضع لم يحفز ولم يضمن.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في تنقيب البيت معنى غير موجود في الكيس وهو تضييع الحفظ حتى مكن منها.



(١) التجريد(٨/ ٤٠٩٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ١١٠)، و تبيين الحقائق(٥/ ٧٨).

(٣) للشافعي وجهان في هذه المسألة ولكن لم يذكر القُدوري إلا وجهًا واحدًا. فالوجه الأول: أنه لا يضمن ما فيه وإنما يضمن الختم الذي تصرف فيه. الوجه الثاني: أنه يضمن. انظر: المهذب(١/ ٣٦١).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤٠٩٢).

المسألة الخامسة: حكم إذا قال المُودِع لا تخرج الوديعة من هذا البيت فأخرجها إلى بيت آخر في الدار[(١)].

مذهب الحنفية أنه إذا قال المُودِع احفظ الوديعة في هذا البيت ولا تخرجها منه فأخرجها إلى بيت آخر في تلك الدار فهلكت لم يضمن، وهذا محمول على أن البيت الثاني كالأول في الحرز أو أحرز[(٢)].

المذهب الشافعي: يضمن[(٣)].

نص القدوري«احتجوا: بأن أعيان المواضع لا فائدة فيها، وإنما الفائدة في الحفظ فإذا كانت الدار الثانية مثل الأولى وأحرز صارت كالبيتين من دار واحدة.

الجواب: أن الثانية وإن كانت أحرز فيجوز أن يعلم المالك أن الثانية يتمكن وقد أزمع اللصوص عليها دون الآخر فيخصها هذا المعنى وهذا لا يوجد في البيتين»[(٤)].

بيانه: قاس الشافعية وجوب ضمان المودَع للوديعة إذا نقلها من دار إلى أخرى على وجوب ضمانها ما لو نقلها من بيت إلى ثانٍ من دار واحدة، والجامع أن كليهما أعيان لمواضع لا فائدة فيها، وإنما الفائدة في الحفظ فإذا كانت الدار الثانية مثل الأولى وأحرز ضَمِن.

---

(١) انظر: التجريد(٨/ ٤٠٩٣).

(٢) للحنفية وجهان في هذه المسألة الأول: الاستحسان وهو ما ذكره القُدوري في المسألة من عدم الضمان. والوجه الثاني: القياس فيضمن، ووجه القياس: أنه خالف أمره نصًا فهو كما لو قال: خَبْإها في دارك هذه فخبأها في دار أخرى فهلكت، وهذا الوجه لم يذكره القُدوري في التجريد. انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ١٢١)، و الهداية شرح البداية(٣/ ٢١٨). وهو كذلك أحد الوجهين عند الشافعية ولم يذكره كذلك القدوري. انظر: المهذب(١/ ٣٦٠).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٣٦٠)، و مغني المحتاج(٣/ ٨٤).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤٠٩٤).

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن الثانية وإن كانت أحرز فيجوز أن يعلم المالك أن الثانية يتمكن منها وقد أزمع اللصوص عليها دون الأخرى فيخصها هذا المعنى لأنه إذا تمكن من دار لا يتوجب أن يتمكن من الأخرى، أما البيتان فلا يوجد فيها هذا المعنى لأن السارق إذا تمكن من بيت من الدار مكن من جميعها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الدارين معنى غير موجود في البيتين وهو التمكن من دار لا يوجب التمكن من الأخرى.

ويمكن أن يجاب على الشافعية أن القول بوجوب الضمان في البيتين ليس قولاً واحدًا عند جميع الشافعية فهناك من قال بعدم الضمان إذا كان المنهي عنه مثل المأمور أو أحرز[1].

(١) انظر: مغني المحتاج(٣/ ٨٤).

المطلب الخامس والعشرون: في التطبيقات الفقهية في كتاب القسمة والغنائم

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: الفيء كل مال وصل إلى المسلمين من المشركين بلا قتال.
- المسألة الثانية: فتح الأرض عنوة متروك فيه النظر للإمام في الأصلح للمسلمين.
- المسألة الثالثة: عدم جواز المفاداة بالأسرى ولا بالأموال.
- المسألة الرابعة: الفارس إذا دخل دار الحرب فنفق فرسه.
- المسألة الخامسة: القسمة في دار الحرب.

المسألة الأولى: الفيء كل مال وصل إلى المسلمين من المشركين بلا قتال[1].

مذهب الحنفية: الفيء كل مال وصل إلينا من المشركين بغير قتال كالأراضي التي أخذ منها الخراج والجزية والعشر ويصرف جميع ذلك إلى مصالح المسلمين[2].

المذهب الشافعي: أربعة أخماسه للنبي ﷺ وخمسه يُقَسَّم كما يُقَسَّم خمس الغنيمة، للنبي خمسه وما يُصنع بنصيب النبي بعد وفاته؟ فيه قولان: أحدهما لمصالح المسلمين والآخر يصرف إلى المقاتلة[3].

نص القدوري«قالوا: مال رجع من المشركين إلى المسلمين جُعِلَت قسمته إلى الإمام،فوجب أن يخمسه كالغنيمة.

قلنا: المعنى في الغنيمة أنها مملوكة بسببين مختلفين بمباشرة القائمين وبظهر المسلمين، فاستحق أهل الخمس بهذه والقائمون بمعنى آخر. والفيء مملوك بسبب واحد كانت جهته واحدة ولم يَتبعَّض استحقاقه كمال الزكاة، والعشر لما استحق بسبب واحد كان المستحق له فريقًا واحدًا لم يختلف مستحقه»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب قسمة الفيء الخمس على وجوب تخميس الغنيمة بجامع أن كلا منهما مال رجع من المشركين إلى المسلمين جُعِلَت قسمته إلى الإمام.

اعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن المعنى في الغنيمة أنها مملوكة بسببين مختلفين بمباشرة القائمين وبظهر المسلمين، فاستحق أهل الخمس بهذه والقائمون بمعنى آخر.

أما الفيء فمملوك بسبب واحد كانت جهته واحدة ولم يَتبعَّض استحقاقه كمال

(١) التجريد(٨/ ٤١٠٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ١١٧).

(٣) انظر: مغني المحتاج(٣/ ٩٣).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤١١٢-٤١١٣).

الزكاة، والعشر لما استحق بسبب واحد كان المستحق له فريقًا واحدًا لم يختلف مستحقه.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الغنيمة معنى غير موجود في الفيء وهو التملك بسببين مختلفين.



المسألة الثانية: فتح الأرض عُنوة متروك فيه النظر للإمام في الأصلح للمسلمين(١).

مذهب الحنفية: إذا فتح الإمام أرضا عنوة نظر في الأصلح للمسلمين فإن كان الأصلح أن يُقسمها قَسمها بين الغانمين، وإن رأى أن يقر أهلها على أملاكهم ويضع عليها الخراج فعل ذلك(٢).

المذهب الشافعي: يقسمها ويخمسها ولا يجوز أن يقر أهلها عليها(٣).

نص القدوري«قالوا: كل سبب يستحق به قسمة ما ينقل ويحول وجب أن يستحق به قسمة مالا ينقل ولا يحول،كالميراث.

قلنا: الميراث لا يُسْتَحَقُّ بالقسمة وإنما يُسْتَحَقُّ بالاشتراك بالملك، وفي مسألتنا إن أقرهم الإمام على غنائمهم حصلت الشركة فوجبت القسمة، وإن رأى أن يقر الكفار على أرضهم لم تحصل الشركة، فلم تجب القسمة كة لم يستحق به القسمة كما لو كان الوارث واحدا وهذا كما نقول جميعا في الرقاب إن رأى الإمام أن يسترقهم قسمهم لثبوت الشركة فيهم وإن رأى أن يجعلهم أحرارا لم تثبت الشركة ولم تجب الغنيمة»(٤).

بيانه: قاس الشافعية عدم إقرار أهل الأرض التي فُتحت عُنوة عليها ووجوب قسمتها على وجوب قسمة الميراث بجامع أن كلا منهما سبب يستحق به قسمة ما ينقل ويحول وجب أن يستحق به قسمة مالا ينقل ولا يحول.

وفرَّق القُدوري، فذكر أن الميراث لا يُسْتَحَقُّ بالقسمة وإنما يُسْتَحَقُّ بالاشتراك بالملك، أما في هذه المسألة فالأرض التي فتحت عنوة إن أقرهم الإمام على غنائمهم

---

(١) التجريد(٨/ ٤١٢٧).

(٢) كما فعل عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) بأرض السواد في العراق. انظر: بدائع الصنائع(٧/ ١١٨).

(٣) انظر: نهاية المحتاج لشمس الدين محمد بن العباس الشافعي الصغير(٨/ ٧٨).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤١٣٤).

حصلت الشركة فوجبت القسمة، وإن رأى أن يقر الكفار على أرضهم لم تحصل الشركة، فلم تجب القسمة.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في الأرض المفتوحة عنوة مانع غير موجود في الميراث وهو حصول الشركة ووجوب القسمة.

ويمكن الجواب عن هذا الفرق بأنه مصادرة ؛لأن الشافعية يرون أن الأرض المفتوحة عنوة تُسْتَحَقُّ بالاشتراك في الملك.



المسألة الثالثة: عدم جواز المفاداة بالأسرى ولا بالأموال[1].

المذهب الحنفي: لا تجوز المفاداة بالأسرى ولا بالمال ولا يجوز المن - وهو العتق مجازاً -[2].

المذهب الشافعي: إذا رأى الإمام المصلحة في المن والمفاداة جاز[3].

نص القُدوري«ولأن الرقاب مال مَغْنُوم لا يجوز أن يمن على أهل الحرب به،أصله سائر كالجزية.

فإن قيل: الأموال لا يجوز إسقاط حق الغانمين عنها بالإتلاف، فلم يجز أن يسقط حقهم عنها بالمن، والأسرى سقط حق الغانمين عنهم بالقتل فجاز أن يسقط بالمن.

قلنا: النساء والصبيان لا يجوز إتلافهم كما لا يجوز إتلاف الأموال، وإن جاز أن يمنَّ عليهم ويردهم إلى أهل الحرب عندهم»[4].

بيانه: قاس القدوري عدم جواز المن في الأسرى على عدم جواز المن في سائر الأموال بجامع أن الرقاب مال مَغْنُوم لا يجوز أن يمن على أهل الحرب به.

ثم وضع القُدوري قادحا بالفرق فقال: فإن قيل: الأموال لا يجوز إسقاط حق الغانمين عنها بالإتلاف، فلم يجز أن يسقط حقهم عنها بالمن، أما الأسرى فقد سقط حق الغانمين عنهم بالقتل فجاز أن يسقط بالمن.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الأسرى مانع غير موجود في الأموال وهو سقوط حق الغانمين عنهم بالقتل.

---

(١) التجريد(٨/ ٤١٣٥).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٠/ ٢٤-٢٥).

(٣) انظر: الأم(٤/ ٢٧٨-٢٧٩)، و نهاية المحتاج(٨/ ٦٩-٧١).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤١٣٦).

ثم أجاب عن قادحه المفترض فأَعْرَب أن النساء والصبيان لا يجوز إتلافهم كما لا يجوز إتلاف الأموال، وإن جاز أن يمنَّ عليهم ويردهم إلى أهل الحرب عندهم.



المسألة الرابعة: الفارس إذا دخل دار الحرب فنفق فرسه[1].

إذا دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه أو أخذه العدو فله سهم الفارس، وإن باعه فيه روايتان: أحدهما: أنه يستحق سهم الراجل.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يستحق سهم الفارس ولو دخل راجلاً فابتاع فرسًا في دار الحرب فله سهم الراجل. هذا قول الحنفية[2].

وللشافعي مذهبان: الأول: المُعْتَبر في استحقاق السهم حال تُقْضَى الحرب، فمن لا فرس معه في تلك الحال فله سهم راجل ومن كان معه فرس يمكنه القتال فله سهم فارس، وإن دخل راجلاً[3].

والثاني: أنه يستحق سهم الفارس إذا مات فرسه لأن العلة شهود بعض الواقعة.

نص القدوري«قالوا:الفرس يستحق به السهم كما يستحق بالعبد الرضخ ولو مات العبد سقط ما كان يستحق به كذلك موت الفرس.

قلنا: العبد هو المستحق وإنما انتقل المال منه إلى المولى، فإذا فقد استحال أن يبتدي تمليكه بعد موته، والفرس لا استحقاق له وإنما المستحق الفارس وهو من أهل الاستحقاق فلم يسقط حقه بموت الفرس»[4].

بيانه: قاس الشافعية سقوط سهم الفارس للذي مات فرسه واستحقاقه لسهم الراجل على سقوط ما يستحقه العبد في حال موته بجامع أن الفرس يستحق به السهم وبالعبد الرضخ ولو مات كلاهما سقط الاستحقاق.

---

(١) التجريد(٨/ ٤١٤٨).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٠/ ٤٥-٤٦).

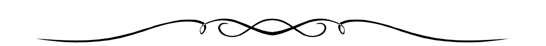
(٣) جاء في مغني المحتاج أن هناك قولين ولم يذكر القُدوري إلا قولاً واحدًا. انظر: مغني المحتاج(٣/ ١٠٣).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤١٥٠).

وردَّه القُدوري بأن العبد هو المستحق وإنما انتقل المال منه إلى المولى، فإذا فقد استحال أن يبتدي تمليكه بعد موته، أما الفرس لا استحقاق له وإنما المستحق الفارس وهو من أهل الاستحقاق فلم يسقط حقه بموت الفرس.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في العبد معنى غير موجود في الفرس وهو أنه المستحق وإنما انتقل المال منه إلى المولى.

والحاصل أن العبرة في المسألة بآخر القتال فإنه وقت الظفر.



المسألة الخامسة: القسمة في دار الحرب[1].

لا ينبغي للإمام أن يقسم في دار الحرب حتى يخرج إلى دار الإسلام وهو ما عليه الحنفية[2].

وجعل الشافعي التقسيم فيها[3].

نص القُدوري«كل موضع يجوز فيه الاغتنام، يجوز فيه الاقتسام،كدار الإسلام.

قلنا: ولأن المعنى في دار الإسلام أن الجند يستنصرون المدد عنهم، وفي دار الحرب فيستنصرون بانقطاع المدد عنهم فلم تجز القسمة، أو نقول: المعنى في دار الإسلام أنها منفعة يجوز قسمة أرضها، فجاز قسمة الغنائم فيها، ودار الحرب لا يجوز قسمة أرضها قبل الفتح، فلم تجز قسمة الغنائم فيها))[4].

بيانه : قاس الشافعية جواز التقسيم على جواز القسمة في دار الإسلام بجامع أن كلا منهما موضع يجوز فيه الاغتنام، فيجوز فيه الاقتسام.

وأوضح القُدوري أن الجند في دار الإسلام يستنصرون المدد عنهم، أما في دار الحرب فيستنصرون بانقطاع المدد عنهم فلم تجز القسمة، وهذا فرقٌ.

وهناك فرق وهو أن دار الإسلام منفعة يجوز قسمة أراضيها، فجاز قسمة الغنائم فيها، أما دار الحرب فلا يجوز قسمة أراضيها قبل الفتح، فلم تجز قسمة الغنائم فيها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في دار الإسلام معنى غير موجود في دار الحرب وهو الاستنصار بالمدد،وأنها منفعة يجوز قسمة أراضيها.

---

(١) التجريد(٨/ ٤١٦٠).

(٢) انظر: فتح القدير(٥/ ٤٧٨).

(٣) جاء في مغني المحتاج أن تأخير القسمة بلا عذر إلى دار الإسلام مكروه؛ لما فيه من الإقرار بالغانمين. انظر: مغني المحتاج(٣/ ١٠١).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤١٦٤).

المطلب السادس والعشرون : في التطبيقات الفقهية في كتاب قسم الصدقات

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: زكاة الأموال الظاهرة.
- المسألة الثانية: حكم صرف الصدقة لأهل البلد.
- المسألة الثالثة: حكم أخذ العامل من الزكاة.
- المسألة الرابعة: ملك النصاب أو مقدار النصاب زيادة عن حاجته.
- المسألة الخامسة: حكم دفع الزكاة إلى الفقير ثم بان أنه غني.

المسألة الأولى: زكاة الأموال الظاهرة.

رأيُ الحنفية: زكاة الأموال الظاهرة - وهي الأنعام وسائر المواشي والحبوب والأمتعة لأنها لا تستتر في العادة بل تكون ظاهرة - إلى الإمام فإن أخرجها أربابها إلى الفقير لم يسقط الفرض في حق الإمام[1].

رأيُ المذهب الشافعي: إذا فرقها بنفسه على الفقراء جاز[2].

نص القدوري«قالوا: كل من كان له صرف زكاة المال الظاهر إليه كالإمام.

قلنا: المعنى في الإمام أن له قبضُ الجزية وصرفُها إلى مستحقها فمَلَك قبض الزكاة، وغير المولى لا يملك قبض الجزية، فلم يملك قبض الزكاة إلا بإذن الإمام وتوليته»[3].

بيانه: قاس الشافعية جواز إخراج أرباب المال الزكاةَ على جواز إخراج الإمام الزكاةَ بجامع أن كلا منهما كان له صرف زكاة المال الظاهر.

وفرَّق القُدوري فذكر أن الإمام كان له قبضُ الجزية وصرفُها إلى مستحقها فمَلَك قبض الزكاة، أما غير المولى فلا يملك قبض الجزية، فلم يملك قبض الزكاة إلا بإذن الإمام وتوليته.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الإمام معنى غير موجود في صاحب المال أوغير المولى وهو قبض الجزية وصرفها إلى مستحقيها.

ويجاب عن هذا أن الرسول ﷺ كان يرسل إلى الأمصار من يجمع الصدقات من الأنعام والمواشي وكذلك الصحابة ولم يعرف له مخالف.

(١) انظر: بدائع الصنائع(٢/ ٣٥-٣٦).

(٢) انظر: المهذب(١/ ٣٦٥).

(٣) انظر: التجريد(٨/ ٤١٨٤).

المسألة الثانية: حكم صرف الصدقة لأهل البلد[1].

مذهب الحنفية: الأولى أن تُصْرَف صدقة كل بلد لأهل بلده، ولا تنقل عنها إلا أن يكون النقل إلى قوم هم إليها أحوج، أو ينقل الرجل الزكاة إلى ذوي أرحامه، فإن نقل الزكاة لغير هذين الوجهين كره ذلك و أجزأه[2].

المذهب الشافعي: لا يجزئه وعليه الاعتماد[3].

نص القدوري«قالوا: نقل الزكاة من بلد المال إلى غيره مع وجود المستحق فيه،فوجب أن لا يحتسب بها عن فرضه......فإن قالوا: أصله إذا نقلها فأعطاها أغنياء الغزاة.

قلنا: المعنى فيه أنه دفعها إلى غني يدهُ ثابتة على ماله، وليس كذلك إذا دفعها إلى الفقير، لأن الدفع صادف الفقير كأهل بلده»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز نقل الزكاة من بلد المال إلى غيره وعدم احتسابها عن الفرض على عدم جواز ما إذا نقلها فأعطاها أغنياء الغزاة بجامع أن كلا منهما نقل الزكاة من بلد المال إلى غيره مع وجود المستحق فيه.

فذكر القُدوري أنه إذا نقلها وأعطاها أغنياء الغزاة فقد دفعها إلى غني يدهُ ثابتة على ماله، أما إذا دفعها إلى الفقير فليس كذلك لأن الدفع صادف الفقير كأهل بلده.

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في نقلها وإعطائها الأغنياء معنى غير موجود في الفقير وهو دفعها إلى غني يده ثابتة على ماله.

---

(١) التجريد(٨/ ٤١٩٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٣/ ١٨)، و الهداية شرح البداية(١/ ١١٥).

(٣) جاء في مغني المحتاج: الأظهر منع نقل الزكاة ولو عُدم الأصناف في البلد وجب النقل. انظر: مغني المحتاج(٣/ ١١٨)، المهذب(١/ ١٧٣).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤١٩٦).

المسألة الثالثة: حكم أخذ العامل من الزكاة[1].

ما يأخذ العامل من الزكاة يأخذه عوضًا عن عمله، وليس بزكاة. وهذا مذهب الحنفية[2].

أما المذهب الشافعي فإنه إذا أعطاهم الإمام رزقًا من بيت المال لم يجز أن يأخذوا زكاة، وكذلك إن أبدلهم أجرة معلومة على مدة، وإن لم يفعل فما يأخذونه زكاة[3].

نص القدوري«قالوا: صنف منصوص عليه كسائر الأصناف.

قلنا: سائر الأصناف يستحقون السهم بكل حال والعامل لا يستحق إلا بالعمل.

ولأن سائر الأصناف لا يقدر ما يأخذونه بغنى من جهتهم، والعامل بقدر ما يأخذه فإن كان عمله زائدًا أخذ الفضل، وإن كان السهم زائدًا رُدَّ الفضل، فدل على افتراق الأمرين»[4].

بيانه: قاس الشافعية أن ما يأخذه العامل من الزكاة زكاة على زكاة سائر الأصناف بجامع أن جميعهم منصوص عليه.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن سائر الأصناف يستحقون السهم بكل حال أما العامل لا يستحق إلا بالعمل. نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في سائر الأصناف معنى غير موجود في العامل وهو استحقاق السهم بكل حال.

وفرق آخر أن سائر الأصناف لا يقدر ما يأخذونه بغنى من جهتهم، أما العامل بقدر ما يأخذه فإن كان عمله زائدًا أخذ الفضل، وإن كان السهم زائدًا رُدَّ الفضل، فدل

(١) التجريد(٨/ ٤٢٠٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٢/ ٤٤).

(٣) انظر: المهذب(١/ ١٧١).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤٢١٠).

على افتراق الأمرين.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في العامل مانع غير موجود في سائر الأصناف وهو أن العامل يأخذ بقدر مايعمل إما زيادة أو نقصان.

المسألة الرابعة: ملك النصاب أو مقدار النصاب زيادة عن حاجته[1].

مذهب الحنفية: من ملك نصابا أو مقدار النصاب زيادة على مسكنه وخادمه وثياب بدنه وفرسه وسلاحه لم تحل له الصدقة[2].

المذهب الشافعي: إذا كان له مال يربح فيه ما يكفيه، أو عقار يغل ما يكفيه لنفقته وعياله لم تحل له الصدقة، وإن كان ذلك أقل من النصاب، فإن كان له نصاب وهو لا يربح فيه ما يكفيه على الدوام دفع إليه من الصدقة زيادة في رأس ماله حتى يصير بحيث يكفيه ربحه ويدفع إلى صاحب العقار ما يبتاع به عقارا حتى يبلغ عقاره ما يكفيه دخله، ومن أصحابه من اعتبر الكفاية كفاية نفسه ومنهم من اعتبر كفاية العمر[3].

نص القُدوري «قوله: لا يقدر على كفايته على الدوام، فوجب أن يكون من الفقراء أصله إذا كان معه أقل من النصاب.

قلنا: والمعنى فيمن معه أقل من النصاب أن الزكاة لا يجوز أن تتعلق بما في يده على الانفراد فكان فقيرا، ومن معه نصاب تجب الزكاة عليه حال انفراده به فلم يكن فقيرا، وهذا ما قبل ما ذكروه من إثبات الفقر وإن كان الصحيح أن يقع التعلل للأحكام دون غيرها»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب اعتبار من كان له نصاب وهو لا يربح فيه ما يكفيه من الفقراء على وجوب اعتبار ما إذا كان معه أقل من النصاب بجامع أن كلا منهما لا يقدر على كفايته على الدوام.

فقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى فيمن معه أقل من النصاب أن الزكاة لا

(١) التجريد(٨/ ٤٢١٣).

(٢) انظر: الهداية شرح البداية(١/ ١١٤-١١٥).

(٣) انظر: المجموع(٦/ ١٩٤) وذكر الصحيح يعطى كفاية العمر.

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤٢١٤).

يجوز أن تتعلق بها في يده على الانفراد فكان فقيرا، أما من معه نصاب فتجب الزكاة عليه حال انفراده به فلم يكن فقيرا.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في من معه نصاب مانع غير موجود في من لم يكمل النصاب وهو وجوب الزكاة عليه حال انفراده.



المسألة الخامسة: حكم دفع الزكاة إلى الفقير ثم بان أنه غني[1].

رأي الحنفية: إذا دفع زكاته إلى الفقير باجتهاد فبان أنه غني أو بان أنه أبوه أو ابنه أو أنه ذمي، فلا إعادة عليه[2].

المذهب الشافعي: في أحد قوليه مثل قول الحنفية. وقال في الآخر: لا يجزيه[3].

نص القُدوري«قالوا: دفع الزكاة إلى غير مستحقها،كما لو دفعها إلى عبده.

قلنا: ما يدفعه إلى عبده لم يخرج من ملكه فكأنه عزل الزكاة، ولم يدفعها إلى أحد، وفي مسألتنا قد أخرجها من ملكه إلى من أمر الدفع إليه، فصار كما لو دفعها إلى الفقير»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم إجازة دفع الزكاة للفقير الذي بان أنه غني على ما لو دفعها إلى عبده والجامع أن كليهما دفع الزكاة إلى غير مستحقها.

اعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن ما يدفعه إلى عبده لم يخرج من ملكه فكأنه عزل الزكاة، ولم يدفعها إلى أحد، أما في هذه المسألة وهي دفعها إلى فقير فبان أنه غني قد أخرجها من ملكه إلى من أمر الدفع إليه، فصار كما لو دفعها إلى الفقير.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في دفع الزكاة للفقير فبان غني مانع غير موجود في من دفعها إلى عبده وهو خروجها من ملكه إلى من أمر الدفع إليه.



(١) التجريد(٨/ ٤٢٢٣).

(٢) جاء في المبسوط عن أبي حنيفة ومحمد إذا دفعها إلى غني وهو يعتقد أنه فقير أجزأه، أما عند أبي يوسف لم يجزأه. انظر: المبسوط للسرخسي(٣/ ١٢).

(٣) انظر: المهذب(١/ ١٧٥).

(٤) انظر: التجريد(٨/ ٤٢٢٤).

المبحث الثالث

في التطبيقات الفقهية في كتاب التجريد في ربع الأنكحة (المعاملات الأسرية)

وفيه عشرة مطالب : -

- المطلب الأول : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب النكاح.
- المطلب الثاني : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الصداق.
- المطلب الثالث : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الخلع.
- المطلب الرابع : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الطلاق.
- المطلب الخامس : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الرجعة.
- المطلب السادس : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الإيلاء.
- المطلب السابع : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الظهار.
- المطلب الثامن : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب اللعان.
- المطلب التاسع : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب العدة.
- المطلب العاشر : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب النفقات.

* *   * ** *   * *

المطلب الأول: في التطبيقات الفقهية في كتاب النكاح

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: اشتراط الولي في النكاح.
- المسألة الثانية: ولاية تزويج الصغار.
- المسألة الثالثة: حكم إجبار البكر البالغة على النكاح.
- المسألة الرابعة: تزويج الثيب الصغيرة.
- المسألة الخامسة: حكم ولاية الفاسق.

المسألة الأولى: اشتراط الولي[1] في النكاح[2].

المذهب الحنفي: إذا زَوَّجت الحرة البالغة العاقلة نفسها بغير إذن وليها كفؤا[3] صحَّ عقدها[4]. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز لها ذلك إلا بإذن الأولياء[5].

المذهب الشافعي: لا يجوز للمرأة أن تعقد عقد النكاح لنفسها ولا لغيرها أذن الولي في ذلك أو لم يأذن[6].

نص القُدوري«قالوا: عقد يفتقر إلى الشهود فافتقر إلى الولي،كنكاح الصغيرة والمجنونة.

قلنا:..... والمعنى في الأصل أنها لا تملك عقد البيع فلم تملك عقد النكاح، وفي مسألتنا:لما ملكت عقد البيع بنفسها ملكت عقد النكاح»[7].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز عقد المرأة لنفسها على عدم جواز نكاح الصغيرة والمجنونة بلا ولي بجامع أن كلا منهما عقد يفتقر إلى الشهود فافتقر إلى الولي.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى في أصل الصغيرة والمجنونة أنها لا تملك

---

(١) الولي بوزن فعيل بمعنى فاعل من ولي فلان الأمر أي قام به، والولاية في اللغة: النصرة. انظر: اللسان(١٥/ ٤٠٩).

وفي الشرع: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى، والمقصود بالولاية في النكاح: الولاية على النفس. انظر: التعريفات(ص٢٢٧).

(٢) التجريد(٩/ ٤٢٣٧-٤٢٣٩).

(٣) الكفاءة لغة: المساواة. انظر: اللسان(١/ ١٣٩). أما في الشرع: مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسدا للحياة الزوجية. انظر: حاشية ابن عابدين(٣/ ٨٥).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي(٥/ ١)، والبحر الرائق(٣/ ١١٧).

(٥) لأبي يوسف قولان: الأول: مثل قول محمد، أما في ظاهر الرواية عنه فيجوز بغير إذن الولي كما قال أبو حنيفة. انظر: الجامع الصغير(١/ ١٧٤)، والمبسوط للسرخسي(٥/ ١٠).

(٦) انظر: الأم(٥/ ١٣)، والمهذب(٢/ ٣٥).

(٧) انظر: التجريد(٩/ ٤٢٧٠).

عقد البيع فلم تملك عقد النكاح، أما البالغة العاقلة لما ملكت عقد البيع بنفسها ملكت عقد النكاح.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في البالغة مانع غير موجود في الصغيرة وهو تملك عقد البيع.

ويجاب عن هذا أن البالغة لما لم تملك عقد النكاح لغيرها لم تملك لنفسها.



المسألة الثانية: ولاية تزويج الصغار[1].

مذهب الحنفية: يجوز للأخ والعم وسائر العصبات تزويج الصغار[2].

المذهب الشافعي: لا يجوز أن يزوج الصغار إلا الأب والجد[3].

نص القُدوري«قالوا: لا يملك إجبارها على النكاح بعد البلوغ؛ فلم يملك تزويجها حال الصغر،أصله الأجنبي.

قلنا:....والمعنى في الأجنبي: أنه لا يرثها ولا يقوم مقام من يرثها، فلا يملك تزويجها، والعم يرثها بنسب غير منقطع فملك تزويجها»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز تزويج العصبة على عدم تزويج الأجنبي بجامع أن كلا منهما لا يملك إجبارها على النكاح بعد البلوغ فلم يملك تزويجها حال الصغر.

والفرق الذي أورده القُدوري أن الأجنبي لا يرثها ولا يقوم مقام من يرثها، فلا يملك تزويجها، أما العم فيرثها بنسب غير منقطع فملك تزويجها.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في العم مانع غير موجود في الأجنبي وهو الإرث.



(١) التجريد(٩/ ٤٢٨٩).

(٢) انظر: الجامع الصغير(ص١٧١)، والمبسوط للسرخسي (٤/ ٢١٣)، وبدائع الصنائع(٢/ ٢٤٠).

(٣) انظر الأم(٥/ ١٨)، والمهذب(٢/ ٣٧).

(٤) انظر: التجريد(٩/ ٤٣٠٠).

المسألة الثالثة: حكم إجبار البكر البالغة على النكاح[1].

مذهب الحنفية: لا يجوز للولي إجبار المرأة البالغة على النكاح[2].

المذهب الشافعي: يجوز للأب والجد تزويج البكر البالغة وإن كَرِهت[3].

نص القُدوري«قالوا: كل من لم يفتقر نكاحها إلى نطقها مع قدرتها عليه فلم يفتقر إلى رضاها،ودليله :البكر الصغيرة،وعكسه :الثيب.

قلنا:...والمعنى في الصغيرة : أن رضاها لا يعتبر في سائر العقود،كذلك لا يعتبر في نكاحها. أو نقول: لم يعتبر رضاها في العقد على أمتها كذلك فلم يُعتبر في العقد على نفسها، ولما اعتبر رضا البالغة في العقد على أمتها كذلك في العقد على نفسها.

أو :لأنها لا تملك المطالبة بالعقد فلم يُعتبر رضاها، ولما ملكت هذه المطالبة بالعقد لم يصح عليها بغير رضاها»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم اشتراط الرضا في تزويج البكر البالغة على عدم اشتراطه في البكر الصغيرة بجامع أن كلا منهما لم يفتقر نكاحها إلى نطقها مع قدرتها عليه فلم يفتقر إلى رضاها.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى في الصغيرة أن رضاها لا يُعتبر في سائر العقود كذلك لا يُعتبر في نكاحها، أما البالغة فيعتبر رضاها في سائر العقود لذا يعتبر في نكاحها.

وفرق آخر أن الصغيرة لا تملك المطالبة بالعقد فلم يُعتبر رضاها، أما البالغة فلما

(١) التجريد(٩/ ٤٣٠١).

(٢) انظر: الجامع الصغير(ص١٧٠)، والمبسوط للسرخسي(٥/ ٢)، وبدائع الصنائع(٢/ ٢٤١)، و البحر الرائق(٣/ ١١٧).

(٣) ولكن شرط في الأم أن لا يكون نقصًا عليها أو ضررا لها. انظر: الأم(٥/ ١٩)، والمهذب(٢/ ٣٧).

(٤) انظر: التجريد(٩/ ٤٣١١).

ملكت المطالبة بالعقد لم يصح نكاحها بغير رضاها.

نوع الفرق: معارضةفي الفرع حيث وجد في البالغة مانع غير موجود في الصغيرة وهو اعتبار الرضا في سائر العقود،وملك المطالبة بالعقد.

كما يجاب عليه بأنه لا يمكن أن يقال بعدم التسليم في أن نكاح البكر لا يفتقر إلى نطقها؛ لأن أخاها لو زوجها في حياة الأب لم يجز إلا بنطقها.



المسألة الرابعة: تزويج الثيِّب الصغيرة[1].

يجوز للولي أن يزوج الثيب الصغيرة وهو مذهب الحنفية[2].

ومذهب الشافعي: لا يجوز تزويجها حتى تبلغ[3].

نص القدوري«قالوا: حرة سليمة ذهبت بكارتها بالجماع، فوجب أن لا تُجبر على النكاح.كالثيب الكبيرة.

أونقول: المعنى فيها أنها تملك التصرف في مالها فلم يملك الأب إجبارها، ولما ملك هذا التصرف في مالها ملك الأب تزويجها كالبكر»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم إجبار الثيب الصغيرة على النكاح على عدم إجبار الثيب الكبيرة بجامع أن كلا منهما حرة سليمة ذهبت بكارتها بالجماع فوجب أن لا تُجبر على النكاح.

وفرَّق القُدوري بينهما بأنَّ الثيب الكبيرة تملك التصرف في مالها فلم يملك الأب إجبارها، أما الصغيرة فلما ملك الأب التصرف في مالها ملك تزويجها كالبكر.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الثيب معنى غير موجود في الصغيرة وهو تملك التصرف في المال.



(١) التجريد (٩/ ٤٣١٤).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٤/ ٢١٢)، و بدائع الصنائع(٢/ ٢٤٠).

(٣) انظر: الأم(٥/ ١٨)، و المهذب(٢/ ٣٧).

(٤) انظر: التجريد(٩/ ٤٣١٩).

المسألة الخامسة: حكم ولاية الفاسق[١].

جوَّز الحنفية تزويج الولي الفاسق لابنته[٢]. ومنعه الشافعي[٣].

نص القدوري«قالوا: مسلم ليس من أهل الشهادة فلم يكن من أهل الولاية في النكاح،كالعبد.

قلنا:.... والمعنى في العبد أنه ليس بعصبة، والولاية من ذوي الأنساب تُستحق بالتعصيب مع صحة القول، وليس كذلك الفاسق؛ لأنه عصبة له قول صحيح كالعدل»[٤].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز ولاية الفاسق على عدم جواز ولاية العبد بجامع أن كلا منهما مسلم ليس من أهل الشهادة فلم يكن من أهل الولاية في النكاح.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن العبد ليس بعصبة، والولاية من ذوي الأنساب تُستحق بالتعصيب مع صحة القول، وليس كذلك الفاسق؛ لأنه عصبة له قول صحيح كالعدل.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الفاسق مانع غير موجود في العبد وهو العصبة.



(١) التجريد(٩/ ٤٣٢٣).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٥/ ٣١)، وبدائع الصنائع(٢/ ٢٣٠)، وقد اشترط ابن عابدين المصالحة حتى ينفذ تزويجه. انظر: حاشية ابن عابدين(٣/ ٥٤).

(٣) انظر: الأم (٥/ ١٥)، والمهذب(٢/ ٣٦).

(٤) انظر: التجريد(٩/ ٤٣٢٨).

المطلب الثاني : في التطبيقات الفقهية في كتاب الصداق

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: حكم جعل منافع الحر صداقا.
- المسألة الثانية: إذا هلك الصداق المسمى في يد الزوج أو رده بعيب وجبت قيمته.
- المسألة الثالثة: إذا تزوجت المرأة بغير مهر أو على أن لا مهر لها.
- المسألة الرابعة: نكاح المعتدة من طلاق بائن في العدة.
- المسألة الخامسة: إذا سلمت المرأة نفسها فوطئها الزوج، فهل لها أن تمتنع.

المسألة الأولى: حكم جعل منافع الحر صداقًا[1].

مذهب الحنفية: لا يجوز أن تكون منافع الحر مهرًا[2].

المذهب الشافعي: يجوز ذلك[3].

وذكر ابن سماعة[4] عن محمد: أنه لو تزوجها على رعي غنمها يجوز، ولو تزوجها على أن يخدمها لم يجز. وهذه رواية غير مشهورة جوز فيها أن تكون منافع الحر مهرًا، ومنع خدمته لها خاصة[5].

نص القدوري«قالوا: عقد يجوز على منفعة العبد، فجاز على منفعة الحر،قياساً على عقد الإجارة.

أونقول: المعنى في الإجارة أنه يجوز أن يملك المعقود عليه فيها بغير عوض، فجاز أن يملك بعوض ليس بمالٍ، والمملوك في النكاح لا يملك إلا بعوض فجاز أن لا يتعوض عنه إلا ما هو مال أو يستحق بتسليمه تسليم مال»[6].

بيانه: قاس الشافعية جواز أن تكون منافع الحر صداقًا على جواز أن تكون منافع الحر عوضًا في عقد الإجارة بجامع أن كلا منهما عقد يجوز على منفعة العبد، فجاز على منفعة الحر.

---

(١) التجريد(٩/ ٤٦٣٥).

(٢) انظر: الجامع الصغير(١/ ١٨٣)، و المبسوط للسرخسي (٥/ ١٠٦)، و بدائع الصنائع(٢/ ٢٧٨).

(٣) انظر: الأم(٥/ ٦٤)، والمهذب(٢/ ٥٥-٥٦).

(٤) هو: محمد بن سماعة بن عبدالله بن هلال أخذ العلم عن أبي يوسف ومحمد،وغيرهما، وأخذ عنه أحمد البغدادي، وأبو علي الرازي وغيرهما، وهو من الحفاظ الثقات، ومن مصنفاته (أدب القاضي) و(النوادر)، مات سنة ٢٣٣هـ. انظر: الفوائد البهية(ص١٧٠-١٧١).

(٥) انظر: الجامع الصغير(١/ ١٨٣)، و المبسوط للسرخسي (٥/ ١٠٦)، و بدائع الصنائع(٢/ ٢٧٨).

(٦) انظر: التجريد(٩/ ٤٦٣٩).

وقدح القُدوري هذا بالفرق لأن الإجارة يجوز فيها أن يملك المعقود عليه فيها بغير عوض، فجاز أن يملك بعوض ليس بمالٍ، أما المملوك في النكاح فلا يملك إلا بعوض فجاز أن لا يتعوض عنه إلا ما هو مال أو يستحق بتسليمه تسليم مال.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الإجارة معنى غير موجود في النكاح وهو تملك المعقود عليه بغير عوض.



المسألة الثانية: إذا هلك الصداق المسمى في يد الزوج أو رده بعيب وجبت قيمته[1].

يرى الحنفية أنه إذا هلك العبد المسمى في يد الزوج أو رده بعيب وجب عليه قيمته[2].

وللشافعي قولان: الأول كقول الحنفية. والثاني: يرجع بمهر المثل[3].

نص القدوري«قالوا: تعذرَّ على الزوج تسليم ما عيَّنه صداقا في نكاح صحيحٍ، فوجب الرجوع إلى مهر المثل، أصله: إذا أصدقها عبدا فظهر حراً.

قلنا:هناك التسمية لم تصح، ومتى لم تصح التسمية وجب مهر المثل بالعقد، وفي مسألتنا صحت التسمية فلم يجب مهر المثل بالعقد،ولم يجب رد البضع بهلاك العوض حتى يرجع إلى قيمته عند تعذر رده»[4].

بيانه: قاس الشافعية رجوع الزوج بمهر المثل على رجوعه بمهر المثل ما إذا أصدقها عبدا فظهر حرا بجامع أن كلا منهما تعذرَّ على الزوج تسليم ما عيَّنه صداقا في نكاح صحيحٍ، فوجب الرجوع إلى مهر المثل.

وخالفه القُدوري بقادح الفرق فذكر أنه إذا أصدقها عبدا فظهر حرا لم تصح التسمية، ومتى لم تصح التسمية وجب مهر المثل بالعقد، أما في هذه المسألة - وهي هلاك الصداق المسمى في يد الزوج - صحت التسمية فلم يجب مهر المثل بالعقد ولم يجب رد البضع بهلاك العوض حتى يرجع إلى قيمته عند تعذر رده.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في هلاك الصداق المسمى في يد الزوج مانع غير موجود في إصداق العبد فظهر حر وهو صحت التسمية.

(١) التجريد(٩/ ٤٦٤٠).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٥/ ٧٠).

(٣) انظر: الأم(٩/ ٦٤-٦٥)، والمهذب(٢/ ٥٧).

(٤) انظر: التجريد (٩/ ٤٦٤٢-٤٦٤٣).

المسألة الثالثة: إذا تزوجت المرأة بغير مهر أو على أن لا مهر لها[1].

مذهب الحنفية: إذا تزوجت المرأة بغير مهر أو على أن لا مهر لها، ثم مات أحدهما فلها مهر مثلها[2].

المذهب الشافعي: المُفَوِّضة[3] -بكسر الواو المشددة- على ضربين: الأول مفوضة المهر: وهي التي تتزوج على ما يتفقان عليه، أو على محرَّمٍ كخمرٍ مثلاً، فلها مهر مثلها إن مات عنها، والثاني مفوضة البضع: وهي البالغة الرشيدة يزوجها الولي باختيارها بغير مهر مسمى، أو يقول على أن لا مهر لها، أو يزوج البكر غير الأب والجد برضاها، ففي هذا النوع إن مات الزوج فعليها العدة، ولا مهر لها في أحد القولين والقول الآخر: لها مهر المثل.

فأما الصغيرة، والمجنونة، والبكر إذا أكرهها أبوها، فلا تكون مفوضة، ولها مهر مثلها.

---

(١) التجريد(٩/ ٤٦٥٠).

(٢) لا خلاف أن النكاح إذا عقد بدون صداق فهو جائز. والخلاف فيما إذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا؟ ذهب الإمام أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وأحمد في ظاهر المذهب إلى أن المرأة إذا تزوجت بغير مهر ثم مات الزوج فللمرأة مهر مثلها من نسائها لا وكس ولا شطط. انظر: الأم(٥/ ٧٤)، والمهذب(٢/ ٦٠)، والمبسوط للسرخسي(٥/ ٦٢)، وبدائع الصنائع(٢/ ٢٧٤)، والمغني(٧/ ١٧١، ١٨٢).

وذهب الإمام مالك والشافعي في أحد قوليه إلى أن الزوج إذا مات قبل تسمية الصداق فليس للمرأة صداق ولها المتعة والميراث. انظر: المدونة الكبرى لمالك بن أنس دار صادر بيروت (٤/ ١٩٧-١٩٨).

أما إذا شرطا ألا مهر لها في عقد الزواج فقد ذهب أبو حنيفة، والشافعي في أحد قوليه، وأحمد في ظاهر المذهب أن لها مهرًا مثلها لا شطط ولا وكس. انظر: البحر الرائق(٣/ ١٥٦)، والمبدع لإبراهيم بن محمد الحنبلي أبو إسحاق المكتب الإسلامي بيروت ١٤٠٠هـ (٧/ ١٦٦-١٦٨) والقول الثاني للشافعي: لا صداق لها ولها المتعة والميراث. انظر: روضة الطالبين(٧/ ٢٨٠).

(٣) سميت بذلك لأن الولي فوض أمرها إلى الزوج وتسمى مُفَوِّضة بكسر الواو لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر، أو لأنها أهملت المهر. انظر: مغني المحتاج(٣/ ٢٢٩).

والأمة إذا فوضها مولاها فلا مهر لها، وإن تزوجها على أن لا مهر لها في الحال، ولا في الثاني ففيه وجهان أحدهما: أنها مفوضة، والآخر: النكاح باطل[1].

نص القدوري«قالوا: كل ما لم يجب بالطلاق قبل الدخول نصفُه، لم يجب بالعقد كلُّه،كالمهر الفاسد والزيادة على مهر مثلها.

قلنا:......... والمعنى في البدل الفاسد أنه لا يستقر بالدخول فلم يستقر بالموت، ومهر المثل يستقر بالدخول بالزوجة فكان وجوبه بالعقد أولى، كمن تزوج بمهر فاسد.

والمعنى في الزيادة على مهر المثل أن المرأة لا تملك المطالبة بفرضه،ولا تحبس نفسها لأجله، فلم يكن واجبًا بالعقد، ومقدار مهر المثل لما ملكت المطالبة بفرضه وحبس نفسها به دل على أن وجوبه بالعقد، فإذا ثبت بما ذكرنا أن مهر المثل وجب بالعقد استقر بالموت كالمستحق»[2].

بيانه: قاس الشافعية عدم وجوب مهر المثل للزوجة إن مات عنها على عدم الوجوب في المهر الفاسد والزيادة على مهر مثلها بجامع أن كلا منهما لم يجب بالطلاق قبل الدخول نصفُه، فلم يجب بالعقد كلُّه.

واعترض القُدوري على قياسه بذكر قادح الفرق فذكر أن المعنى في البدل الفاسد أنه لا يستقر بالدخول فلم يستقر بالموت، أما مهر المثل فيستقر بالدخول بالزوجة فكان وجوبه بالعقد أولى، كمن تزوج بمهر فاسد.

وأما الفرق بين الزيادة على مهر المثل ومهر المثل أنه في الزيادة على مهر المثل لا تملك المرأة المطالبة بفرضه ولا تحبس نفسها لأجله، فلم يكن واجبًا بالعقد، وأما مقدار مهر المثل فلما ملكت المطالبة بفرضه وحبس نفسها به دل على أن وجوبه بالعقد، فإذا ثبت بما ذكرنا أن مهر المثل وجب بالعقد استقر بالموت كالمستحق.

---

(١) انظر: الأم(٥/ ٧٤-٧٥)، والمهذب(٢/ ٦٠).

(٢) انظر: التجريد(٩/ ٤٦٦٤-٤٦٦٥).

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في مهر المثل مانع غير موجود في البدل الفاسد والزيادة على مهر المثل وهو استقرار الدخول بالزوجة بمهر المثل،و ملك المطالبة بفرضه وحبس نفسها به.



المسألة الرابعة: نكاح المعتدة من طلاق بائن في العدة[1].

إذا أبان امرأته ثم تزوجها في العدة، وطلقها قبل أن يدخل بها، فلها مهر كامل، وعليها عدة مستقبلة كذا في المذهب الحنفي[2].

ويرى محمد: تمام العدة الأولى ونصف المهر. وعليه المذهب الشافعي[3].

نص القدوري«قالوا: طلاق في نكاح عرى عن إصابة، فلم يجب لها إكمال المهر،كالنكاح الأول.

قلنا: المعنى فيه أنها لا تعتد منه عقيب الطلاق، وفي مسألتنا هي معتدة منه عقيب الطلاق في عدة أوجبها حكم الوطء، فلذلك كمل مهرها»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم إكمال المهر- أي لها النصف - على عدم إكمال المهر في النكاح الأول بجامع أن كلا منهما طلاق في نكاح عرى عن إصابة فلم يجب لها إكمال المهر.

وفرَّق القُدوري بينهما فالمرأة في النكاح الأول لا تعتد منه عقيب الطلاق، أما في هذه المسألة فهي معتدة منه عقيب الطلاق في عدة أوجبها حكم الوطء، فلذلك كمل مهرها.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في نكاح المعتدة من طلاق بائن مانع غير موجود في النكاح الأول وهو الاعتداد منه عقيب الطلاق.

---

(١) التجريد(٩/ ٤٦٧٩).

(٢) هذا القول إذا كان النكاح الثاني صحيحا فإن كان فاسدا لم يلزم المهر ولا العدة. وقال زفر: لا عدة عليها. انظر: الهداية شرح البداية(٢/ ٣٠)، و البحر الرائق(٤/ ١٦١).

(٣) انظر: الجامع الصغير(١/ ١٨٧)، والحجة للشيباني(٤/ ١٣٢)، ومغني المحتاج(٣/ ٣٩٥)، و نهاية المحتاج لشمس الدين(٧/ ١٤٤).

(٤) انظر: التجريد(٩/ ٤٦٨١).

المسألة الخامسة: إذا سلمت المرأة نفسها فوطئها الزوج، فهل لها أن تمتنع[1]؟

إذا أسلمت نفسها فوطئها الزوج، فهل لها أن تمتنع منه حتى يعطيها مهرها فلها الامتناع على ما قاله أبو يوسف وليس لها ذلك على ما قاله أبو حنيفة ومحمد[2]. وعليه المذهب الشافعي[3].

نص القدوري«احتجوا: بأنه وجد التسليم الذي استقر به البدل برضاها، فلم يثبت لها حق الحبس.أصله البائع إذا سلم المبيع.

قلنا: ولأن المعنى في المَبِيع إذا سلم إليه لا يقف على تسليم ثان منها، فلم يجز لها الحبس، ولما وجب عليها التسليم في النكاح بعد الوطء الأول دل على أن حق الحبس لم يسقط»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم امتناع المرأة إذا سلمت نفسها على عدم امتناع البائع إذا سلم المبيع والجامع أن كليهما وجد التسليم الذي استقر به البدل برضاهما، فلم يثبت لهما حق الحبس.

وأبطل القُدوري هذا بالفرق بأن المعنى في المَبِيع إذا سلم إلى المشتري لا يقف على تسليم ثان منه، فلم يجز للبائع الحبس، أما هنا فلما وجب عليها التسليم في النكاح بعد الوطء الأول دل على أن حق الحبس لم يسقط.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في امتناع المرأة إذا سلمت نفسها مانع غير موجود في امتناع البائع وهو وجوب التسليم في النكاح بعد الوطء الأول.

(١) التجريد(٩/ ٤٦٩٥).

(٢) محل الخلاف في المذهب فيما إذا كان الدخول والخلوة برضاها. انظر: بدائع الصنائع(٢/ ٢٨٩)، و الهداية شرح البداية(١/ ٢٢٢).

(٣) انظر: الجامع الصغير(١/ ١٨٣)، والمهذب(٢/ ٥٧).

(٤) التجريد(٩/ ٤٦٩٦-٤٦٩٧).

المطلب الثالث: في التطبيقات الفقهية في كتاب الخلع

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: الخُلْعُ طلاقٌ.
- المسألة الثانية: المختلعة هل يلحقها صريح الطلاق في العدة؟
- المسألة الثالثة: إذا خالعها على ما في بطن أمتها أو بطون غنمها صحت التسمية.
- المسألة الرابعة: تعليق الطلاق والعتق بالملك.
- المسألة الخامسة: إذا علق الطلاق على صفة ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة.



المسألة الأولى: الخلع طلاق[1].

القول بأن الخلع طلاق هو قول الحنفية[2]، وروي عن بعض الصحابة أنه ليس بطلاق[3].

وأما المذهب الشافعي في أحد قوليه فهو صريح في الفسخ، والقول الثاني: كناية في الطلاق، إن نوى به الطلاق كان، وإن لم ينو لم يكن شيئا[4].

نص القدوري: « قالوا: فرقة تعرَّت عن صريح الطلاق ونيته، فوجب أن يكون فسخًا ولا يكون طلاقًا. أصله: إذا اشترى الزوج زوجته.

قلنا:....والمعنى في شرى الزوجة أن الفرقة بسبب لا يختص بالنكاح فلم يكن طلاقًا، وفي مسألتنا: الفرقة لا تتعلق بسبب طارئ على النكاح بل بسبب مختص به من

---

(١) التجريد(٩/ ٤٧٤٧).

(٢) وهو قول عمر بن الخطاب، وفي إحدى الروايتين عن عثمان { . و الخلع نوعان: الأول خلع بغير عوض، نحو أن يقول لامرأته: خالعْتُك، ولم يذكر العوض، فإن نوى به الطلاق كان طلاقا، وإلا فلا لأنه من كنايات الطلاق، ولو نوى به ثلاثا كان ثلاثا، وإن نوى به اثنتين فهي واحدة عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، خلافا لزفر. والثاني: أن يكون مقرونا بعوض: بأن يقول خالعتك على كذا وذكر عوضا، وهذا ما ينصرف إليه الخلع عند الإطلاق في عرف اللغة و الشرع، فهذا يقع به الطلاق بائنا إلا أن يسمي فيه أكثر من تطليقة فيكون كما سمى. ولو ادعى الزوج أنه لم ينو به الطلاق لا يُصدَّق في القضاء لأن ذكر العوض دليل إرادة الطلاق ظاهرًا. انظر: المبسوط للسرخسي(٦/ ١٧١- ١٧٢)، وبدائع الصنائع(٣/ ١٤٤)، وسنن البيهقي الكبرى لأحمد بن الحسين لبيهقي دار الباز مكة المكرمة ١٤١٤هـ. (٧/ ٣١٦- ٣١٨).

(٣) وهو قول ابن عباس، و رواية ثانية عن عثمان حيث قال: عدة المختلعة حيضة. انظر: مصنف ابن أبي شيبة(٥/ ١١٤)، و سنن البيهقي الكبرى(٧/ ٣١٦-٣١٨).

(٤) ذكر أن الأظهر عند جمهور الأصحاب أنه طلاق وبه قطع في الأم. انظر: الأم(٥/ ١٩٦-١٩٨)، مختصر المزني(ص١٨٧) وهو اختياره.

جهة الزوج »[1].

بيانه: قاس الشافعية صراحة الخلع في الفسخ على أن الشِّرى[2] صريح في الفسخ ما إذا اشترى الزوج زوجته بجامع أن كلا منهما فرقة تعرَّت عن صريح الطلاق ونيته، فوجب أن يكون فسخًا ولا يكون طلاقًا.

لكنَّ القُدوري بيَّن أن الفرقة في شرى الزوجة بسبب لا يختص بالنكاح فلم يكن طلاقًا، أما في الخلع فلا تتعلق بسبب طارئ على النكاح بل بسبب مختص به من جهة الزوج.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الخلع مانع غير موجود في الشرى وهو أن السبب مختص بالنكاح.

(١) انظر: التجريد(٩/ ٤٧٥٣).

(٢) المقصود : بشرى هو مصدر شري :وشرى الشيء يشريه وشراء واشتراه أي إبتاعه. انزر: لسان العرب مادة شري (١٤/ ٤٢٧).

المسألة الثانية : المختلعة هل يلحقها صريح الطلاق في العدة[1]؟

يرى الحنفية أنه يلحقها[2].

وعن الشافعي أنه لا يلحقها الطلاق[3].

نص القُدوري«قالوا: لا يملك إيقاع الطلاق بالكنايات الظاهرة، فلا يملك بالصريح.كما بعد العدة.

قلنا:.... المعنى فيها أنه لا يستبيحها إلا بما يستبيحها به سائر الأجانب، فصار في طلاقها كالأجانب، ولما كان في مسألتنا يختص بإعادتها على وجه يخالف فيه سائر الناس، جاز أن يفارق الناس في حكم طلاقها»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم لحوق المختلعة طلاقًا على عدم لحوقها طلاقًا بعد العدة بجامع أن كلا منهما لا يملك إيقاع الطلاق بالكنايات الظاهرة، فلا يملك بالصريح.

وردَّ القُدوري استدلاله بالفرق فذكر أن المعنى في المنقضية أنه لا يستبيحها إلا بما يستبيحها به سائر الأجانب، فصار في طلاقها كالأجانب، أما في هذه المسألة فيختص بإعادتها على وجه يخالف فيه سائر الناس، فجاز أن يفارق الناس في حكم طلاقها.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في المختلعة مانع غير موجود في المنقضية وهو الاختصاص بإعادتها على وجه يخالف فيه سائر الناس.



(١) التجريد(٩/ ٤٧٥٤).

(٢) وهو قول ابن مسعود، وأبي الدرداء، وعمران بن حصين. انظر: مصنف ابن أبي شيبة(٥/ ١١٧)، وبدائع الصنائع(٣/ ١٣٥)، والبحر الرائق(٤/ ٨٠).

(٣) وروى مثله ابن عباس، وابن الزبير. انظر: مصنف ابن أبي شيبة(٥/ ١١٩)، و مختصر المزني(ص١٨٧)، والمهذب(٢/ ٧٤).

(٤) انظر: التجريد(٩/ ٤٧٥٨).

المسألة الثالثة: إذا خالعها على ما في بطن أمتها أو بطون غنمها صحت التسمية[1].

يرى الحنفية أنه إذا خالعها على ما في بطن أمتها صحت التسمية، فإن ولدت كان الولد له، وكذلك لو خالعها على ما في بطون غنمها[2].

أما الشافعي فقد جعل التسمية فاسدة، وأوجب لها مهر مثلها[3].

نص القدوري «احتجوا: بأنه لا يجوز أن يكون مهرًا، فلم يكن عوضًا في الخلع، كالحشرات.

قلنا: المعنى في الحشرات أنه لا يجوز استحقاقها بالوصية، والحمل بخلاف ذلك»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز أن يخالعها على ما في بطن أمتها على عدم جواز أن يخالعها على الحشرات والجامع أن كلاًّ منهما لا يجوز أن يكون مهرًا، فلم يكن عوضًا في الخلع.

وللقُدوري قادح بالفرق في هذه المسألة فذكر أن الحشرات لا يجوز استحقاقها بالوصية، أما الحمل فيجوز استحقاقه بالوصية.

كما يمكن أن يزاد عليه أن المرأة لم تصر بذلك غارَّة لزوجها بل الزوج هو الذي غرَّ نفسه، والرجوع بحكم الغرور، ولا غرور منها فلا يرجع عليها بشيء.

وأيضًا يمكن القول بأن ما في بطن أمتها ملك لها وما في بطن غنمها ملك لها أيضًا،

---

(١) التجريد(٩/ ٤٧٦٤).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٦/ ١٨٨)، و بدائع الصنائع(٣/ ١٤٨).

(٣) انظر: الأم (٥/ ٢٠٠-٢٠١)، والمهذب(٢/ ٧٣).

(٤) انظر: التجريد(٩/ ٤٧٦٤).

فكيف يصح للزوج أن يجعله عوضا عن الخلع؟ وشرط العوض أن يصح مهرًا والعين الغائبة لا تصح ثمنًا ولا تصح مهرًا.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الحمل معنى غير موجود في الحشرات وهو الاستحقاق بالوصية.



المسألة الرابعة: تعليق الطلاق والعتق بالملك[1].

مذهب الحنفية: إذا علق عقد الطلاق، والعتاق فأضافهما إلى الملك، فقال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، أو كلما تزوجت امرأة فهي طالق صح العقد، وإذا وجد الشرط في ملك وقع الطلاق[2].

المذهب الشافعي: لا يصح تعليق الطلاق والعتاق بالملك[3].

نص القدوري«قالوا: الطلاق حَلُّ عَقْد فلا يضاف إلى العقد، كالإقالة لا يصح تعليقها بشرط مع وجوب الملك.

قلنا: الإقالة لم تصح كذلك إذا عقد الإقالة قبل الملك، وفي مسألتنا يجوز تعليق الطلاق بشرط في الملك فجاز أن يضيفه إلي الملك»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم صحة تعليق الطلاق والعتاق بالملك على عدم صحة تعليق الإقالة بجامع أن الطلاق حَلُّ عَقْد فلا يضاف إلى العقد، والإقالة لا يصح تعليقها بشرط مع وجوب الملك.

وردَّه القُدوري بالفرق موضحًا أن الإقالة لم تصح كذلك إذا عقد الإقالة قبل الملك، أما في هذه المسألة فيجوز تعليق الطلاق بشرط في الملك فجاز أن يضيفه إليه.

---

(١) التجريد(٩/ ٤٧٨٥).

(٢) وهو قول ابن عمر وابن مسعود ﴿ . وهذه المسألة لها صورتان: الأولى: تعليق الطلاق على الأجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول: إن نكحت فلانة فهي طالق. وللفقهاء في ذلك ثلاثة مذاهب. الثانية: تعليق العتاق بالملك، ذهب الإمام أبو حنيفة ومالك ورواية عن أحمد إلى جوازه. انظر: المبسوط للسرخسي (٦/ ٩٧)، والمبدع لإبراهيم الحنبلي (٦/ ٣١٠)،والهداية شرح البداية (٢/ ٥٤). وذهب الإمام الشافعي وأحمد في رواية إلى عدم جواز وقوعه. انظر: مغني المحتاج للشربيني (٣/ ٢٩٣)، و المبدع (٦/ ٣١٠).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٣/ ٢٩٣).

(٤) انظر: التجريد (٩/ ٤٨٠٠).

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الطلاق مانع غير موجود في الإقالة وهو تعليق الطلاق بشرط في الملك.

المسألة الخامسة: إذا علق الطلاق على صفة ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة[1].

وبيان المسألة أنه: إذا قال الرجل لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم أبانها، ثم تزوجها فدخلت الدار يقع عليها الطلاق، حكم بذلك الحنفية[2].

وعن الشافعي "لا يقع" وهذا مبني على أصل: أن عدم الملك لا يمنع عقد اليمين، والابتداء أضعف، والبقاء أقوى، فإذا لم ينفِ عدم الملك ابتداء اليمين فلأن لا يمنع بقاءً أولى[3].

نص القدوري«احتجوا: بأن البينونة وُجدت بعد اليمين،فصار كما لو طلقها ثلاثاً ثم تزوجها.

قلنا: هناك استوفى الطلاق المعقود عليه فبطل العقد والمعقود عليه، وفي مسألتنا بحاله، فجاز أن يبقى العقد بحاله[4].

بيانه:قاس الشافعية عدم وقوع الطلاق بعد البينونة على عدم وقوعه ما لو طلقها ثلاثًا ثم تزوجها بجامع أن كلا منهما بينونة وُجدت بعد اليمين.

(١) التجريد(٩/ ٤٨٠١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٣/ ١٢٦).

(٣) قال في المهذب: إذا علق امرأته على صفة من يمين أو غيرها ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة ففيه أقوال: أحدها لا يعود حكم الصفة في النكاح. الثاني: - وهو اختيار المزني - لأنها صفة علق عليها الطلاق قبل النكاح فلم يقع بها الطلاق كما لو قال لأجنبية: إن دخلتِ الدار فأنت طالق ثم تزوجها ودخلت الدار. الثالث: أنها تعود ويقع بها الطلاق وهو الصحيح لأن العقد والصفة وجدا في عقد النكاح فأشبه إذا لم يتخللها بينونة، والرابع: أنها إن بانت بما دون الثلاث عاد حكم الصفة وإن بانت بالثلاث لم تعد لأنه بالثلاث انقطعت علائق الملك، وبما دون الثلاث تنقطع علائق الملك. انظر: المهذب(٢/ ٩٩).

(٤) انظر: التجريد(٩/ ٤٨٠٢).

وأبطل القُدوري قياسه هذا بالفرق، فذكر أنه لو طلقها ثلاثا ثم تزوجها استوفى الطلاق المعقود عليه فبطل العقد والمعقود عليه، أما في هذه المسألة فإنَّ الطلاق بحاله، فجاز أن يبقى العقد بحاله.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المطلقة ثلاث ثم تزوجها مانع غير موجود في الطلاق بعد البينونة وهو أن الطلاق بحاله.



المطلب الرابع: في التطبيقات الفقهية في كتاب الطلاق

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: إيقاع التطليقات ثلاثًا بكلمة واحدة.
- المسألة الثانية: الفراق والسراح كنايتان.
- المسألة الثالثة: ما يقع بكنايات الطلاق.
- المسألة الرابعة: إذا قال: أنت بائن ونوى تطليقتين.
- المسألة الخامسة: إذا نوى الثلاث بالكنايات الرجعية.

المسألة الأولى: إيقاع التطليقات ثلاثا بكلمة واحدة[1].

هي بدعة عند الحنفية[2]. وفي المذهب الشافعي مباح[3].

نص القدوري«قالوا: طلاق في طهر لم يجامعها فيه كالواحدة، وربما قالوا: طلاق صادف عدة من غير ريبة،كالواحدة.

قلنا:.... والمعنى في الواحدة أن الإيقاع يُؤْمن معه الندم من غير أضرار مُعْتبرة، وليس كذلك الثلاث؛ لأنه لا يُؤْمن معه الندم في الغالب، فصار كالطلاق عَقِيبَ الجِمَاع»[4].

بيانه: قاس الشافعية إباحة إيقاع التطليقات الثلاث بكلمة واحدة على إباحة إيقاع التطليقة الواحدة، بجامع أن كلا منهما طلاق في طهر لم يجامعها فيه، أو طلاق صادف عدة من غير ريبة.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى في الواحدة أن الإيقاع يُؤْمن معه الندم من غير أضرار مُعْتبرة، وليس كذلك الثلاث؛ لأنه لا يُؤْمن معه الندم في الغالب، فصار كالطلاق عَقِيبَ الجِمَاع.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الواحدة معنى غير موجود في الثلاث وهو الأمان من الندم من غير أضرار معتبرة.

---

(١) التجريد (١٠/ ٤٨١٣).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٦/ ٤٠)، وبدائع الصنائع(٣/ ٨٨).

(٣) انظر: الأم(٥/ ١٨٠-١٨١)، ومغني المحتاج(٣/ ٣١١).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٤٨٢٥- ٤٨٢٦).

المسألة الثانية: الفراق[1] والسراح[2] كنايتان[3].

فلا يقع الطلاق بهما إلا بنية أو بدلالة حال وهو مذهب الأحناف[4].

وفي المذهب الشافعي الجديد: هما صريحا الطلاق لا يفتقران إلى نية[5].

نص القُدوري«قالوا: لفظ ورد به القرآن، والمقصود منه الفرقة بين الأزواج، فكان صريحا فيها.أصله :لفظ الطلاق.

قلنا:....والمعنى في الطلاق أنه يختص بالزوجات في الاستعمال، وليس كذلك السراح والفراق لأنه يُستعمل فيهن وفي غيرهن على وجه واحد»[6].

بيانه: جعل الشافعية قياسهم في صراحة لفظ الفراق والسراح في الطلاق على صراحة لفظ الطلاق في الطلاق بجامع أن كلا منهما لفظ ورد به القرآن والمقصود منه الفرقة بين الأزواج، فكان صريحا فيها.

ونازع القُدوري في المساواة بين المسألتين فذكر أن الطلاق يختص بالزوجات في الاستعمال، وليس كذلك السراح والفراق لأنه يُستعمل فيهن وفي غيرهن على وجه واحد.

---

(١) الفراق: فارق الشيء مفارقة وفراقًا: باينه. والاسم: الفرقة. وفارق فلانٌ امرأَتَه مفارقة وفراقًا: باينها. انظر: اللسان(٥/ ٣٣).

(٢) تسريح المرأة: تطليقها، والاسم: السَّرَاحُ. وقد سمى الله الطلاق سراح، فقال تعالى ﴿وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ الأحزاب آية (٤٩). انظر: اللسان(٢/ ٤٧٩).

(٣) التجريد(١٠/ ٤٨٣١).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي(٦/ ٧٧)، و الهداية شرح البداية(١/ ٢٤١).

(٥) القديم في المذهب: أن الفراق والسراح كنايتان. قال في روضة الطالبين: حكى أبو الحسن العبادي أن أبا عبدالرحمن القزاز نقل قولا قديما أن السراح والفراق كنايتان، والمشهور في المذهب أن الفراق والسراح صريحا الطلاق. انظر: المهذب(٢/ ٨١)، و روضة الطالبين(٨/ ٢٣).

(٦) انظر: التجريد(١٠/ ٤٨٣٤-٤٨٣٥).

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الطلاق معنى غير موجود في السراح والفراق وهو ااختصاص الطلاق بالزوجات.



المسألة الثالثة: ما يقع بكنايات الطلاق[1].

إذا نوى الرجل التطليق بكنايات الطلاق كانت بوائن، إلا قوله: اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة، هكذا رأى الحنفية[2].

المذهب الشافعي: الكنايات كلها طلاق رجعي، إلا أن يريد بها ثلاثًا[3].

نص القُدوري«قالوا:كل تحريم تعلق بالثلاث، لم يتعلق بالواحدة،كتحريم نكاحها إلا بعد زوج.

قلنا:......والمعنى في تحريم العقد أنه لا يثبت مع شرط البينونة، وتحريم الرجعة بخلاف ذلك»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم تعلق التحريم بالواحدة على عدم تعلق تحريم نكاحها إلا بعد زوج بجامع أن كلا منهما تحريم تعلق بالثلاث، فلم يتعلق بالواحدة.

اعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن المعنى في تحريم العقد أنه لا يثبت مع شرط البينونة، وتحريم الرجعة بخلاف ذلك تثبت مع شرط البينونة.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الرجعة مانع غير موجود في التحريم وهو الثبوت مع شرط البينونة.

---

(١) التجريد(١٠/ ٤٨٤٣).

(٢) انظر: الجامع الصغير(ص٢٠٦)، و المبسوط للسرخسي(٦/ ٧٣)، و بدائع الصنائع(٣/ ١١٢).

(٣) انظر: الأم (٥/ ١٨٠- ١٨١).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٤٨٥١).

المسألة الرابعة: إذا قال أنت بائن ونوى تطليقتين[1].

مذهب الحنفية إلا زفر: إذا قال: أنت بائن، ونوى تطليقتين كانت تطليقة واحدة[2].

المذهب الشافعي: يكون كما نوى[3].

نص القدوري«قالوا: كل عدد وقع بصريح اللفظ دفعة، صَحَّ بالكناية على حرة،كالثلاث.

قلنا: المعنى في الثلاث :أنه نوع بينونة في الحرة، فوقعت من حيث توقع البينونة، وهذا لا يوجد في الثانية»[4].

بيانه: قاس الشافعية صحة وقوع العدد بالكناية على صحة وقوع الثلاث والجامع أنهما عدد وقع بصريح اللفظ دفعة، فصَحَّ بالكناية على حرة.

واعترض القُدوري على الشافعية لأن التطليقات الثلاث نوع بينونة في الحرة، فوقعت من حيث توقع البينونة، وهذا لا يوجد في الثانية لأنه ليس بينونة.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الثلاث معنى غير موجود في الاثنين وهو نوع بينونة في الحرة.



(١) التجريد(١٠/ ٤٨٥٢).

(٢) هذا مقيد بالحرة، أما الأمة فلو قال لها: أنت بائن ونوى اثنتين وقع ما نوى، لأن الاثنتين في الأمة كل جنس الطلاق في حقها، فكانت الاثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة. انظر: الجامع الصغير(ص٢٠٦-٢٠٧)، و المبسوط للسرخسي(٦/ ٧٣-٧٥)، وبدائع الصنائع(٣/ ١٠٨).

(٣) وبه قال زفر من الحنفية. انظر: الهداية شرح البداية(١/ ٢٤٣)، والأم (٥/ ١٨٠)، والمهذب(٢/ ٨٤).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٤٨٥٤).

المسألة الخامسة: إذا نوى الثلاث بالكنايات الرجعية[1].

إذا قال لامرأته: اعتدِّي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة (ينوي بها الثلاث) فإنه تقع واحدة، وهو مذهب الحنفية[2].

وعند الشافعي أنها تقع ثلاثًا لأنه نوى ثلاثًا.

قالوا: والصحيح من مذهبه في قوله: أنت واحدة، أنها تكون واحدة. ومنهم من قال: تكون ثلاثًا[3].

نص القدوري«احتجوا: بأنها كناية لا تنبئ عن عدد فجاز أن يقع به الثلاث،كقوله:أنت بائن.

الجواب: أن المعنى فيه أن اللفظ صريح في البينونة والثلاث البينونة الكبرى فإذا نوى ما يصلح له من اللفظ وقع، واللفظ في مسألتنا لا يفيد البينونة، فلا تقع مطلقة باتفاق، فلم يجز أن يحمل عليه بالنية، كقوله: أنت واحدة»[4].

بيانه: استدل الشافعية على جواز وقوع الثلاث بالكنايات الرجعية إذا نواها بجواز وقوعها إذا قال: أنت بائن. بجامع أن كلا منهما كناية لا تنبئ عن عدد فجاز أن يقع به الثلاث.

---

(١) التجريد(١٠/ ٤٨٥٥).

(٢) انظر: الجامع الصغير(ص٢٠٦)، و البحر الرائق(٣/ ٣٢٢).

(٣) إن قال (أنت واحدةٌ) فإن كان بالنصب ونوى طلقتين أو ثلاثا فثلاثة أوجه: أصحها: يقع ما نوى. صحَّحه البغوي وغيره. والثاني: لا يقع إلا واحدة، وصحَّحه الغزالي. والثالث قاله القفال: إن بسط نية الثلاث على جميع الثلاث لم تقع الثلاث، وإن نوى ما زاد على واحدة عند قوله: أنت طالق وقع ما نواه، وإن كان بالرفع ففيه وجهان: أحدهما وقوع ما نواه، وهو الصحيح. والثاني: تقع واحدة فقط. انظر: المهذب(٢/ ٨٤)، و روضة الطالبين(٨/ ٢٦).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٤٨٥٥-٤٨٥٦).

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى في قول: أنت بائن أن اللفظ صريح في البينونة والثلاث بينونة كبرى فإذا نوى ما يصلح له من اللفظ وقع، أما اللفظ في هذه المسألة فلا يفيد البينونة ومن ثمَّ لا تقع مطلقة باتفاق، ولم يجز أن يحمل عليه بالنية، كقوله: أنت واحدة.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في لفظ أنت بائن معنى غير موجود في الكنايات الرجعية وهو صراحة اللفظ في البينونة.

المطلب الخامس: في التطبيقات الفقهية في كتاب الرجعة

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: الطلاق الرجعي لا يوجب تحريم الوطء.
- المسألة الثانية: ما تصح به الرجعة.
- المسألة الثالثة: وطء المرأة في حال الطلاق الرجعي.
- المسألة الرابعة: حكم الإشهاد على الرجعة.
- المسألة الخامسة: الوطء بنكاح فاسد لا يبيح المرأة لزوجها الأول.

المسألة الأولى: الطلاق الرجعي[1] لا يوجب تحريم الوطء[2].

وهو مذهب الحنفية[3].

ومذهب الشافعي أنها محرمة تحريم البينونة حتى يرتجعها[4].

نص القُدوري«قالوا: طلقة واحدة، فوجب أن يقع بها تحريم الوطء.أصله:إذا قال لها أنت بائن.

قلنا: الطلقة في قوله :أنت بائن لاتوجب التحريم،وإنما تتضمن زوال الملك، فوقع التحريم بذلك،وهذا لا يوجد في صريح الطلاق. والمعنى فيه: أن لفظ البينونة يوجد في الإيقاع، فصار كالبينونة الواقعة من طريق الحكم، وصريح الطلاق لم يوجد في لفظ البينونة ولا وقعت حكمًا، فلم يثبت تحريم الطلاق»[5].

بيانه: جعل الشافعية قياسهم في تحريم الوطء بالطلاق الرجعي على تحريمه إذا ما قال لها: أنت بائن بجامع أن كُلاً منهما طلقة واحدة، فوجب أن يقع بها تحريم الوطء.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى في قول: أنت بائن أن لفظ البينونة يوجد في الإيقاع، فصار كالبينونة الواقعة من طريق الحكم، وصريح الطلاق لم يوجد في لفظ البينونة ولا وقعت حكمًا فلم يثبت تحريم الطلاق.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في لفظ أنت بائن معنى غير موجود في الطلاق وهو أن لفظ البينونة يوجد في الإيقاع.

---

(١) الرجعة: بفتح الراء: أفصح من كسرها، وهي لغة: الرجوع، وارتجع المرأة أرجعها إلى نفسه بعد الطلاق. انظر: اللسان(١٤/ ١١٦). أما شرعا: عبارة عن استدامة الملك القائم في العدة: بنحو: راجعتك وما يوجب حرمة المصاهرة. انظر: البحر الرائق(٤/ ٥٤).

(٢) التجريد (١٠/ ٤٩٨٧).

(٣) وهو ظاهر المذهب. انظر: المبسوط للسرخسي(٦/ ١٩)، و بدائع الصنائع(٣/ ١٨٠).

(٤) انظر: المهذب(٢/ ١٠٢)، ومغني المحتاج(٣/ ٣٤٠).

(٥) انظر: التجريد(١٠/ ٤٩٨٧- ٤٩٨٩).

المسألة الثانية: ما تصح به الرجعة[1].

مذهب الحنفية: تصح الرجعة بالفعل إذا وطئها الزوج، أو باشرها بشهوة، أو نظر إلى فرجها بشهوة[2].

مذهب الشافعي: لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه، كأن يقول: راجعتك، أو: ارتجعتك، أو: رددتك، فإن قال: أمسكتك، ففيه وجهان: أحدهما: أنه يصح، والثاني: لا يصح[3]. وإن كان عاجزًا عن القول كالأخرس، فتثبت الرجعة بالإشارة.

نص القُدوري«قالوا: جارية إلى البينونة،فلم يصح إمساكها بالوطء. أصله:إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب..

قلنا: يملك الزوج إعادتها بفعله، كما لو اعتقد الإسلام ولأن الفرقة في إسلام أحدهما تقع لأجل اختلاف الدين، والوطء لا يدل على زوال المعنى المُوجب للفرقة به بإمساكها. وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن البينونة تقع بإعراض الزوج عن نكاحها وهذا المعنى يزول بالوطء، فلذلك منع من وقوعه البينونة عليها»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم صحة الإمساك بالوطء على عدم صحة الإمساك ما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب بجامع أن كلا منهما جارية إلى البينونة.

وردَّ القُدوري هذا القياس بالفرق فذكر أنه إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب فإنه يملك إعادتها بفعله، كما لو اعتقد الإسلام ولأن الفرقة في إسلام أحدهما تقع لأجل

(١) التجريد(١٠/ ٤٩٩١).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٦/ ١٩)، و المغني لابن قدامة(٧/ ٤٠٣)، والشرح الكبير لسيدي أحمد الدردير أبو البركات دار الفكر بيروت(٢/ ٤١٦-٤١٧)، والمهذب (٢/ ١٠٣).

(٣) القول الأول لأبي سعيد الاصطخري. انظر: المهذب (٢/ ١٠٣).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٤٩٩٥-٤٩٩٦).

اختلاف الدين، والوطء لا يدل على زوال المعنى المُوجب للفرقة به بإمساكها. أما في هذه المسألة فليس كذلك؛ لأن البينونة تقع بإعراض الزوج عن نكاحها وهذا المعنى يزول بالوطء، فلذلك منع من وقوعه البينونة عليها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في إسلام أحد الزوجين معنى غير موجود في الوطء وهو ملك إعادتها بفعله.

المسألة الثالثة: وطء المرأة في حال الطلاق الرجعي[1].

مذهب الحنفية: إذا طلق امرأته طلاقا رجعيا، ثم وطئها، فلا مهر عليه[2].

ونصَّ الشافعي على أنه إن وطئها، ولم يراجعها بعد الوطء حتى انقضت عدتها، فعليه مهر المثل. وإن راجعها بعد الوطء لم يسقط المهر.[3]

نص القُدوري«قالوا: معتدة، فوجب بوطئها مَهْرٌ،كالبينونة.

قلنا:....والمعنى في البينونة أن تحريمها لا يرتفع من غير عقد، فجاز أن يتعلق بوطئها مهر كالأجنبية، وهذه ترفع العارض من غير عقد كتحريم الحيض والإحرام ووطء الزوجة المعتدة»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب المهر للمرأة إذا وطئها الزوج في حال الطلاق الرجعي على وجوب المهر للمرأة إذا وطئها في البينونة بجامع أن كلا منهما معتدة، فوجب بوطئها مَهْرٌ.

ولمح القُدوري فرقًا بين المسألتين فذكر أن البينونة لا يرتفع تحريمها من غير عقد، فجاز أن يتعلق بوطئها مهر كالأجنبية، أما في هذه المسألة فترفع العارض من غير عقد فلا يتعلق بوطئها مهر كتحريم الحيض والإحرام.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في البينونة مانع غير موجود في الطلاق الرجعي وهو ارتفاع العارض من غير عقد.



(١) التجريد(١٠/ ٤٩٩٨).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٦/ ٢٠)، وبدائع الصنائع(٣/ ١٨٤).

(٣) وهو قول أبي عباس وأبي إسحاق. انظر: المهذب(٢/ ١٠٢-١٠٣)، و روضة الطالبين(٨/ ٢٢١-٢٢٢).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٤٩٩٩).

المسألة الرابعة: حكم الإشهاد على الرجعة[1].

الإشهاد على الرجعة مستحب عند الحنفية، وتركه لا يمنع صحتها[2].

وفي المذهب الشافعي: إن الإشهاد شرط، وإن لم يشهد لم تصح الرجعة[3].

نص القدوري«قالوا: استباحة فرج مقصود، فوجب أن يفتقر إلى شاهدين،أصله عقد النكاح.

قلنا:....والمعنى في النكاح أنه للولي فيه مدخل شرِط فيه الشهادة أو نقول: يعتبر فيه الرضا من غير التفسيخ»[4].

بيانه: قد قاس الشافعية وجوب الشاهدين في الإشهاد على الرجعة على وجوب شاهدين في عقد النكاح والرابط بينهما أن كليهما استباحة فرج مقصود، فوجب أن يفتقر إلى شاهدين.

وقدح القُدوري هذا القياس بذكر الفرق بين المسألتين ففي النكاح للولي فيه مدخل فشُرِط فيه الشهادة أو بمعنى آخر: يعتبر فيه الرضا من غير التفسيخ. أما الرجعة فلا يُعتبر فيها الرضا.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في النكاح معنى غير موجود في الرجعة وهو تدخُّل الولي في النكاح.

---

(١) التجريد(١٠/ ٥٠٠٠).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٦/ ١٩)، و بدائع الصنائع(٣/ ١٨١).

(٣) انظر: الأم(٥/ ٢٤٥)، والمهذب(٣/ ١٠٣).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٠٠٢-٥٠٠٣).

المسألة الخامسة: الوطء بنكاح فاسد لا يبيح المرأة لزوجها الأول[1].

وهو نصُّ مذهب الأحناف[2]. والشافعي يبيحها في أحد قوليه[3].

نص القدوري«قالوا: وُطِئت،فالمهر،والعدة ثبت به السبب بوطء الزوج.

قلنا: يبطل بالوطء بشبهة، والمعنى في وطء الزوج أنه مُوجب بالنكاح وهذا لا يوجد في مسألتنا»[4].

بيانه: قاس الشافعية ثبوت المهر والعدة بنكاح فاسد على ثبوت المهر والعدة بوطء الزوج بجامع أن كلا منهما وُطِئت.

اعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن المعنى في وطء الزوج أنه مُوجب بالنكاح وهذا لا يوجد في هذه المسألة.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الوطء معنى غير موجود في النكاح الفاسد وهو إيجاب النكاح.



(١) التجريد(١٠/ ٥٠٠٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٣/ ١٨٧).

(٣) ولم يُبِحْها في القول الآخر. انظر: المهذب(٢/ ١٠٤).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٠٠٦).

المطلب السادس في التطبيقات الفقهية في كتاب الإيلاء

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: الرجل إذا آلى من امرأته ولم يفِئ إليها في مدة أربعة أشهر.
- المسألة الثانية: الطلاق يقع بمضي المدة.
- المسألة الثالثة: مدة إيلاء الأَمَة.
- المسألة الرابعة: حكم من قال: إن قَرُبْتُك فللّه عليَّ صلاة.
- المسألة الخامسة: إيلاء المجبوب.



المسألة الأولى: الرجل إذا آلى[١] من امرأته ولم يفىء[٢] إليها في مدة أربعة أشهر[٣].

مذهب الحنفية أنه إذا آلى من امرأته ولم يفء إليها في الأربعة أشهر بانت منه بمضيها[٤].

مذهب الشافعي: إذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها فذلك على الأبد، وإذا مضت أربعة أشهر فطلبت أن يُوقف لها وقف[٥]، فإما أن يفيءَ وإما أن يطلق، وإن لم تطلب لم يتعرض لا لها ولا له[٦].

وذكر القُدوري: إذا طالبت المرأة بعد المدة التي وقفه الحاكم في قوله الجديد يطلق، وفي القديم: يحبسه الحاكم حتى يطلق. وهذا القول لم أجده في كتب الفقه التي اطلعت عليها.

---

(١) الإيلاء لغة: مصدر آلى يؤُلي إيلاء، و معناه: الحلف أو اليمين على الامتناع عن الدخول. انظر: اللسان (١٤/ ٤١٠).

أما شرعاً: الحلف بالله تعالى على ترك قربانها مدته وهي أربعة أشهر. انظر: أنيس الفقهاء للقونوي دار الوفاء جدة ١٤٠٦هـ الطبعة الأولى (ص١٦١).

(٢) الفيء: من فاء يفيء معناه في اللغة: رجع إليه، وفاء إليه رجع إليه وله معاني أخرى. انظر: اللسان(١/ ١٢٦).

أما في الشرع: الجماع في الفرج، وسُمِّي الوطء فيئًا؛ لأنه امتنع ثم رجع. انظر: المبسوط للسرخسي (٧/ ٢٠).

(٣) التجريد(١٠/ ٥٠١١).

(٤) المقصود به أنه بمضي المدة في الإيلاء تقع فرقة بينهما طلاقا بائنا. انظر: الجامع الصغير(ص٢٢٠-٢٢١)، والمبسوط للسرخسي(٧/ ٢٠)، وبدائع الصنائع(٣/ ١٦٣، ١٧١).

(٥) المراد بالوقف هنا: أي المطالبة بعد انتهاء مدة الإيلاء فالخيار فيه بين أن يفيء إليها وبين أن يطلق.

(٦) انظر: الأم(٥/ ٢٦٥-٢٦٩)، و المهذب(٢/ ١٠٩).

نص القُدوري«قالوا: قول لا يقع به ولا يتعقبه طلاق مُعَجَّل فكذلك المُؤَجَّل،كقوله: والله لا أقربك ثلاثة أشهر.

والمعنى في الأصل: أنه يصل إلى وطئها في مدة التربص من غير شيء يلزمه،وفي مسألتنا بخلافه. يبين الفرق بينهما أن اليمين إذا كانت على ثلاثة أشهر لم يوقف عند مخالفنا بمضيها، فإذا كانت أكثر من أربعة أشهر يُوقف، فكذلك على أصله يختلفان أيضا»[(1)].

بيانه: قاس الشافعية عدم إفضاء الإيلاء إلى الطلاق على عدم إفضائه ما لو قال: والله لا أقربك ثلاثة أشهر، بجامع أن كلا منهما قول لا يقع به ولا يتعقبه طلاق مُعَجَّل فكذلك المُؤَجَّل.

اعترض القُدوري على هذا بأن مدة الثلاثة أشهر لغرض أن يصل إلى وطئها في مدة التربص من غير شيء يلزمه - بالإيلاء من فيء أو طلاق -. وفي هذه المسألة بخلافه. وبين الفرق بينهما أن اليمين إذا كانت على ثلاثة أشهر لم يوقف عند المخالف بمضيها، فإذا كانت أكثر من أربعة أشهر يُوقف، فكذلك على أصله يختلفان أيضا.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الثلاثة أشهر معنى غير موجود في الأربعة أشهر وهو التوصل للوطء في مدة التربص من غير شيء يلزمه.

كما يجاب: أن قول: والله لا أقربك، لا يمنع وقوع الطلاق المعجل، وكذلك لا يمنع وقوع الطلاق في الطلاق المؤجل وهو الإيلاء.



(١) أي أن الخلاف قائم بين الحنفية والشافعية سواء كانت المدة أربعة أشهر أو أقل من حيث المطالبة أو الوقف، فلا تشرع في أقل من أربعة أشهر، وإنما أكثر منها، ويقع الطلاق بمضيها إذا كانت بعد المدة. انظر: التجريد(١٠/ ٥٠٣٢).

المسألة الثانية: الطلاق يقع بمضي المدة[1].

مذهب الحنفية: إذا مضت المدة وقع الطلاق[2].

المذهب الشافعي: يطالب بالفيء، فإن دافع ذلك، فله في الجديد قول واحد وهو يطلق الحاكم عليه[3]، وفي القديم: له قولان[4].

نص القدوري«قالوا: حق تدخله النيابة مستحقه بتعين، فإذا امتنع من هو عليه في الإيفاء كان للسلطان الاستيفاء كالدين.

قلنا: عندنا لا يقوم القاضي مقامه في إيفاء الديون، وإنما يحبسه حتى يوفيه، ولأن الدين يجوز أن يستوفيه صاحب الحق إذا وجب حبس حقه، فجاز أن يوفيه الحاكم، والفرقة في مسألتنا لا تجوز أن تقع بفعل المرأة، فلا يقوم الحاكم مقامه في إيفائها»[5].

بيانه: قاس الشافعية جواز استيفاء الطلاق للسلطان على جواز استيفاء السلطان للدين بجامع أن كلا منهما حق تدخله النيابة مستحقه بتعين فإذا امتنع من هو عليه في الإيفاء كان للسلطان الاستيفاء[6].

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن القاضي لا يقوم مقام المَعْنِيّ في إيفاء الديون عند الحنفية، وإنما يحبسه حتى يوفيه، ولأن الدين يجوز أن يستوفيه صاحب الحق إذا

---

(١) التجريد(١٠/ ٥٠٤٤).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٧/ ٢٠)، وبدائع الصنائع(٣/ ١٦٣).

(٣) انظر: الأم (٥/ ٢٦٥)، روضة الطالبين(٨/ ٢٥٥).

(٤) القولان في القديم أحدهما: مثل القول الجديد يطلق الحاكم عليه. والثاني: لا يطلق عليه بل يحبسه وينظره حتى يفيء أو يطلق. انظر: المهذب(٢/ ١٠٩)، و روضة الطالبين(٨/ ٢٥٥).

(٥) انظر: التجريد(١٠/ ٥٠٤٥).

(٦) هذا القول - وهو امتناع المدين الوفاء بدينه - فيه خلاف بين الحنفية والشافعية، وقد سبق الحديث عنه في كتاب التفليس المسألة الثالثة بالتفصيل (ص٢٠٣) من البحث.

وجب حبس حقه، فجاز أن يوفيه الحكام، أما الفرقة في هذه المسألة فلا تجوز أن تقع بفعل المرأة، لذا لا يقوم الحاكم مقامه في إيفائها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الدين معنى غير موجود في الفرقة وهو صحة استيفاء الدين لصاحب الحق.



المسألة الثالثة: مدة إيلاء الأمة[1].

مدة إيلاء الأمة شهران في مذهب الحنفية[2]. ومدته عند الشافعية كمدة إيلاء الحرة[3].

نص القُدوري«قالوا: مدة معينة بالشرع، فوجب أن لا يختلف برق الزوجة وحريتها كمدة العنة وهي مدة لإزالة الضرر عن الزوجة بفقدها الوطء،كمدة العنة.

قلنا: مدة العنة ضُرِبت لاختبار حال الزوج حتى يظهر سبب عجزه أكان خِلقة أم حدث به معنى يرجى زواله، واختبار حال الزوج لا يختلف برق الزوجة وحريتها. فأما مدة الإيلاء ففرضها لاختبار حال الزوج ليوفيها حقها بالفيء. ومدة استمتاع الحرة أطول من استمتاع الأمة، فلذلك اختلفت المدة بحسب اختلافهما في مدة الاستمتاع»[4].

بيانه: قاس الشافعية مدة إيلاء الأمة أربعة أشهر على مدة العنة[5] بجامع أن كلا منهما مدة معينة بالشرع، فوجب أن لا يختلف برق الزوجة وحريتها كمدة العنة وهي مدة لإزالة العذر عن الزوجة بفقدها الوطء.

وخالفهم القُدوري مفرِّقًا بين المقيس والمقيس عليه بأن مدة العنة ضُرِبت لاختبار حال الزوج حتى يظهر سبب عجزه أكان خِلقة أم حدث به معنى يرجى زواله، واختبار حال الزوج لا يختلف برق الزوجة وحريتها. أما مدة الإيلاء ففرضها لاختبار حال

(١) التجريد(١٠/ ٥٠٤٦).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٧/ ٣١)، وبدائع الصنائع(٣/ ١٧٢).

(٣) انظر: الأم (٥/ ٢٧١)، والمهذب(٢/ ١٠٦).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٠٤٧).

(٥) العنة لغةً: العجز والقهر والخضوع. انظر اللسان(١٥/ ١٠١-١٠٢). شرعاً: هي العجز عن الجماع، وإذا ثبتت عنة الزوج ضرب القاضي له سنة بطلبها، فإذا تمت رفعته إليه فإن قال: " وطئت" حلف وإلا فسخ القاضي ذلك. انظر: مغني المحتاج(٣/ ٢٠٥).

الـزوج ليوفيهـا حقهـا بـالفيء ومـدة اسـتمتاع الحـرة أطـول مـن اسـتمتاع الأمـة، فلـذلك اختلفت المدة بحسب اختلافهما في مدة الاستمتاع.

نوع الفـرق: معارضـة في الأصـل حيـث وجـد في مـدة العنـة معنـى غـير موجـود في الإيلاء وهو أنه ضربت لاختبار حال الزوج حتى يظهر عجزه عن الوطء.



المسألة الرابعة: حكم من قال: إن قَرُبْتُك فلله عليَّ صلاة[1].

إذا قال: إن قربتك فلله علي صلاة فهو ليس بمُؤلٍ، هذا مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف في أحد قوليه[2].

وفي المذهب الشافعي: يكون مؤليا. وهو قول أبي يوسف الثاني[3].

نص القدوري«احتجوا: بأن ما وجب بالنذر، جاز أن يصير به مُؤْلِيا[4]،كالحج.

والجواب: أن الفرق بينهما أن الحج يُعتبر في وجوبه المال...»[5].

بيانه: قاس الشافعية صحة إيلاء من قال: إن قربتك فلله عليَّ صلاة على صحة إيلاء من قال: إن قربتك فلله علي الحج بجامع أن كلا منهما وجب بالنذر، فجاز أن يصير به مُؤْلِيا.

لكنَّ القُدوري ذكر أن الحج يُعتبر في وجوبه المال ولا يعتبر المال في وجوب الصلاة، فوقع الفرق بذلك.

نوع الفرق: معارضة في الالأصل حيث وجد في الحج معنى غير موجود في الصلاة وهو اعتبار المال في وجوبه.



(١) التجريد(١٠/ ٥٠٥٢).

(٢) وهو مثل قول محمد رحمهما الله. انظر: المبسوط للسرخسي(٧/ ٣٨)، وبدائع الصنائع(٣/ ١٦٧).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٣/ ٣٤٤).

(٤) ذكر صاحب بدائع الصنائع عن وجه قول محمد: بأن الصلاة مما يصح إيجابها في النذر كالصوم والحج، فيصير مُؤْلِيا كما لو قال: علي صوم أو حج. انظر: بدائع الصنائع(٣/ ١٦٧).

(٥) انظر: التجريد(١٠/ ٥٠٥٣).

المسألة الخامسة: إيلاء المجبوب[١].

مذهب الحنفية: إذا حلف المجبوب لا يقرب امرأته أو لا يجامعها كان مُؤْلِيًا و فيؤه القول، وكذلك إذا كانت المرأة رتقاء[٢].

المذهب الشافعي ذهب في (الأم) مذهب الأحناف[٣]. وقال في الإملاء: لا ينعقد يمينه، و لا يكون مُؤْلِيا[٤].

نص القدوري«احتجوا: بأنه حلف على مالا يصح وجوده، فصار كما لو حلف ليشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه.

قلنا: هناك ليس في عقده معقود عليه، ألا ترى أن الله تعالى لو خلق ماء في الكوز لم يكن هو المعقود عليه، وعدم المعقود عليه يمنع الانعقاد، وفي مسألتنا يتصور أن الله تعالى يخلق له ذكرا، فيكون هو المُجَامع لها، فيتوهم وجود المعقود عليه فينعقد يمينه»[٥].

بيانه: قاس الشافعية عدم صحة إيلاء المجبوب على ما لو حلف ليشربن الماء الذي في الكوز[٦] ولا ماء فيه بجامع أن كلا منهما حلف على مالا يصح وجوده.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أنه ليس في عقده معقود عليه، بمعنى أن الله تعالى لم يخلق الماء الذي هو المعقود عليه في الكوز فيكون قد حلف على شيء يستحيل وجوده؛

(١) التجريد(١٠/ ٥٠٦٣). والمجبوب لغةً: الجب القطع، والمجبوب: الخصي الذي قد استؤصل ذكره وخصياه. انظر: اللسان(١٠/ ٢٤٩). أما شرعاً: هو مقطوع جميع الذكر، أو لم يبق منه قدر الحشفة - وهي رأس الذكر. انظر: مغني المحتاج (٣/ ٢٠٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٧/ ٢٨)، وبدائع الصنائع(٣/ ١٧٣-١٧٤). ورتقاء من الرتق لغةً: ضد الفتق: وهو الالتصاق، والمرأة رتقاء: إلتصق ختانها فهي لا يستطيع جماعها. انظر: اللسان(١٠/ ١١٤). أما شرعاً: هي انسداد محل الجماع منها بلحم. انظر: مغني المحتاج(٣/ ٢٠٢).

(٣) انظر: الأم (٥/ ٢٧٤)، والمهذب (٢/ ١١١).

(٤) انظر: المهذب(٢/ ١١١)، ومغني المحتاج(٣/ ٣٤٤).

(٥) انظر: التجريد(١٠/ ٥٠٦٤).

(٦) الكوز معروف وهو من الأواني، والجمع أكواز. انظر: اللسان(٥/ ٤٠٢).

لأن عدم المعقود عليه يمنع الانعقاد، أما في المجبوب فإن الله تعالى قد خلق له ذكرا فيكون هو المُجَامع لها فيتوهم وجود المعقود عليه فينعقد يمينه[1].

ويجاب على القُدوري بأن قوله: " فيتوهم وجود المعقود عليه" قول لا يُقبل؛ إذ لا تبنى الأحكام على الأوهام، والذكر المتوهم مجبوب حقيقةً وواقعًا.

نوع الفرق معارضة في الفرع حيث وجد في الجبوب معنى غير موجود في الحلف على شرب الماء وليس هناك ماء، وهو توهم وجود المعقود عليه.

(١) انظر: التجريد(١٠/ ٥٠٦٤).

المطلب السابع: في التطبيقات الفقهية في كتاب الظهار

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: ظهار الذمي.
- المسألة الثانية: حكم عتق رقبة ذي رحم.
- المسألة الثالثة: عتق العبد الأعور.
- المسألة الرابعة: حكم العتق بعد الشروع في الصوم.
- المسألة الخامسة: إطعام مسكينٍ واحدٍ ستين يومًا.

المسألة الأولى: ظهار الذمي[1].

لا يصح ظهار الذمي عند الحنفية[2].

وصححه الشافعي[3]،

نص القدوري«قالوا: تحريم يختص بقول الزوج، فوجب أن يستوي فيه المسلم والذمي،قياسا على الطلاق.

والمعنى في الطلاق أنه موضوع لإزالة الملك وإسقاط الحكم، والمسلم والذمي يتساويان في ذلك. والظهار تحريم ثبت لحق الله تعالى وذلك لا يثبت بقول الكافر، كما لا تحرم عليه المحظورات بالإحرام والأكل في الصوم»[4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على صحة طلاق المسلم والرابط أن كلا منهما تحريم يختص بقول الزوج، فوجب أن يستوي فيه المسلم والذمي.

واعترض القُدوري عليهم معللاً بالفرق فالطلاق موضوع لإزالة الملك وإسقاط الحكم، والمسلم والذمي يتساويان في ذلك. أما الظهار تحريم ثبت لحق الله تعالى وذلك لا يثبت بقول الكافر كما لا تحرم عليه المحظورات بالإحرام والأكل في الصوم.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الطلاق عنى غير موجود في الظهار وهو إزالة الملك وإسقاط الحكم.

وأقول: اختصاص الطلاق بقول الزوج فقط لا يصح بدليل صحة طلاقه بكتابته أو بقول وكيله، فلذلك لم يختص به، أما كون الاختصاص في الزوج المظاهر منها مسلما

(١) التجريد(١٠/ ٥٠٦٧).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٦/ ٢٣١)، وبدائع الصنائع(٥/ ٢٢٣).

(٣) انظر: مختصر المزني(٥/ ٢٧٦)، والمهذب(٢/ ١١٣، ١١٨).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٠٧٦).

فإنه جائز.

وكما يمكن القول بعدم التسليم بمساواة المسلم والذمي في الظهار كالطلاق؛ لأن المسلم إذا حلف بالحج أو الصلاة يكون مُؤْليا، بخلاف الذميِّ فإنه إذا حلف بالحج أو الصلاة لا يكون مُؤْليا؛ لأنه لا يصح منه الصوم أو الحج، كما أنه لا يصح منه الصوم كفارةً للظهار إذا وقع لذلك لا يصح منه[1].

(١) انظر: التجريد(١٠/ ٥٠٧٦-٥٠٧٧).

المسألة الثانية: حكم عتق رقبة ذي رحم[1].

الحكم عند الحنفية: إذا اشترى ذا رحم منه ينوي أن يعتقه كفارة اليمين جاز عنها استحسانا[2]، والقياس يمنع ذلك.

و به قال زفر خلافًا للمذهب الشافعي: أنه لا يجزئ[3].

نص القُدوري«قالوا: عتق يقع عقيب تلك الحرية لسبب، فوجب أن لا يجزي عن الكفارة،أصله:إذا ورث.

قلنا: المعنى فيه أن سبب الحرية ليس بصنيع له؛ فلم يجز عن الكفارة، وفي مسألتنا وُجد سبب الحرية من جهته مقترنًا بنية الكفارة، فجاز أن يكون فيه ما يُجزي عن الكفارة، كالإيقاع يبين الفرق بينهما أن من اشترى نصف أبيه ضمن لشريكه، ولو ورثه لم يضمن»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم إجزاء عتق رقبة ذي رحم عن الكفارة على عدم إجزاء عتقها في الإرث إذا ورث بنية الكفارة، بجامع أن كلا منهما عتق يقع عقيب تلك الحرية لسبب،

(١) التجريد(١٠/ ٥٠٩٣).

(٢) الاستحسان عند الحنفية: هو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها لوجه قوي يقتضي العدول عن الأول. انظر: التجريد (١٠/ ٥٠٩٣)

(٣) قول القدوري (وبه قال زفر خلافا للمذهب الشافعي) غير دقيق لأن مذهب زفر نفسه مذهب الشافعي وهو كذلك قول أبي حنيفة الأول. وعبارته: "وإن اشترى أباه ينوي به العتق عن ظهاره أجزأه استحسانا في قول علمائنا الثلاثة ﷺ وفي القياس لا يجزئ وهو قول أبي حنيفة ~ الأول وزفر والشافعي (رحمهما الله)". انظر: المبسوط للسرخسي(٨/ ٩)، والمهذب(٢/ ١١٦)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٦١).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٠٩٥-٥٠٩٦). أي عند المخالف أن الحرية تزول بسبب الكفارة، أما عند أبي حنيفة وأصحابه: أن سبب الحرية بالقرابة لا يزول وإنما وُجد مقترنا بنية الكفارة، فيجوز بخلاف الإرث فإنه لا يجوز الاقتران بنية الكفارة كما إذا ورث أباه ينوي به الكفارة، فلا يجزيء. انظر: المبسوط للسرخسي(٨/ ٩).

فوجب أن لا يجزي عن الكفارة.

وقدح القُدوري هذا بالفرق، فذكر أن المعنى في الإرث أن سبب الحرية ليس بصنيع له فلم يُجْزأ عن الكفارة، أما في هذه المسألة وُجد سبب الحرية من جهته مقترنًا بنية الكفارة، فجاز أن يكون فيه ما يُجزئ عن الكفارة، ويبين الفرق بينهما أن من اشترى نصف أبيه ضمن لشريكه، ولو ورثه لم يضمن.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الكفارة معنى غير موجود في الإرث وهو وجود سبب الحرية من جهة المعتق مقترناًبنية الكفارة.

المسألة الثالثة: عتق العبد الأعور[1].

يُجزِئ في الكفارة عتق مقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف، على مذهب الحنفية[2].

وعن المذهب الشافعي: لا يجوز مقطوع الإبهام، ولا مقطوع أنملة من إبهام ولا يجوز مقطوع أنملة واحدة من السبابة والوسطى، ولا يجوز مقطوع المفصلين عنهما، ويجوز مقطوع الخنصر والبنصر ولا يجوز مقطوع الوسطى والسبابة أو الإبهام[3].

نص القدوري«احتجوا: بأنه نقص يضر بالعمل ضررا بيِّنا؛فصار كالمقطوع اليدين أو اليد والرجل من جانب واحد.

والجواب: أن هناك عُدمت منفعة الجنس، فصار عدمها كعدم الحياة، وفي مسألتنا منفعة الجنس باقية، وإذا حدث بها نقص كان كما لو قُطِع أصبع واحدة أو أنملة من السبابة»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز عتق العبد الأعور على عدم جواز عتق مقطوع اليدين أو اليد والرجل من جانب واحد بجامع أن كلا منهما نقص يضر بالعمل ضررا بيِّنا.

اعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن مقطوع اليدين أو اليد والرجل من جانب واحد عُدمت فيه منفعة الجنس، فصار عدمها كعدم الحياة، أما في هذه المسألة

---

(١) التجريد(١٠/ ٥١٠٨).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٧/ ٢).

(٣) انظر: التجريد(١٠/ ٥١٠٨). ومذهب الشافعي في الأم والمهذب أن عتق العبد الأعور مجزيء لأن العور لا يضر بالعمل ضرراً بيناً وهذا يخالف القياس الذي ذكره القدوري علمًا بأنه لم يذكر مذهب الشافعي في عتق الأعور في النص. انظر: الأم(٥/ ٢٨٢)، والمهذب(٢/ ١١٥).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥١٠٩).

فمنفعة الجنس باقية، وإذا حدث بها نقص كان كما لو قُطِع أصبع واحدة أو أنملة من السبابة.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجود في الأعور مانع غير موجود في مقطوع اليدين أو اليد والرجل من جهة واحدة وهو بقاء منفعة الجنس.



المسألة الرابعة: حكم العتق بعد الشروع في الصوم[1].

مذهب الحنفية: إذا شرع في الصوم ثم وجد الرقبة وجب عليه العتق ولم يجزه الصوم[2].

وخالف الشافعي فقال: إن شاء مضى على صومه، وإن شاء أعتق والعتق أفضل[3]، نص القُدوري«قالوا: قَدِرَ على المُبْدَل بعد الدخول في الصوم،فصار كمن وجد الهدى في خلال صوم السبعة في التمتع.

قلنا: والمعنى في صوم السبعة :أن وجود الهدي لا يمنع الشروع فيه، فلم يمنع المضي، وفي مسألتنا وجود العتق يمنع الشروع في الصوم فمنع المضي؛ لأن المقصود بصوم المتعة التحلل عندنا، وقد حصل ذلك بصوم الثلاثة، فوجود الهدي بعد حصول المقصود بالبدل كوجود الرقبة في مسألتنا بعد الفراغ من صوم شهرين»[4].

بيانه: استدل الشافعية على مذهبهم بجواز مضي الصوم لمن وجد الهدي في خلال صوم السبعة في التمتع بجامع أن كلا منهما قَدِرَ على المُبْدَل (وهو الهدي) بعد الدخول في الصوم.

والفرق الذي رآه القُدوري أن وجود الهدي في صوم السبعة لا يمنع الشروع فيه، فلم يمنع المضي، أما في هذه المسألة فوجود العتق يمنع الشروع في الصوم فمنع المضي، لأن المقصود بصوم المتعة في مذهبهم التحلل وقد حصل ذلك بصوم الثلاثة فوجود الهدي بعد حصول المقصود بالبدل كوجود الرقبة في هذه المسألة بعد الفراغ

(١) التجريد(١٠/ ٥١٢٠).

(٢) حكم الصوم عند المذهب الأول: تطوعًا، والأفضل إتمامه، وإن أفطر لا قضاء عليه؛ لأنه شرع فيه مسقطًا لا ملتزمًا. انظر: البحر الرائق(٤/ ١١٥).

(٣) انظر: الأم(٥/ ٢٨٣)، والمهذب(٢/ ١١٧).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥١٢٢).

من صوم شهرين.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في العتق معنى غير موجود في الهدي وهو منع الشروع في الصوم.



المسألة الخامسة: إطعام مسكينٍ واحدٍ ستين يومًا[1].

مذهب الحنفية: إذا أطعم في الكفارة مسكينًا واحدًا ستين يومًا أجزأه[2].

المذهب الشافعي: لزمه أن يطعم ستين مسكينًا أو فقيرًا[3].

نص القدوري«قالوا: مسكين استوفى قوت يومه من كفارة، فإذا أُعْطِي منها لم يجز،كما لو أعطاه ثانياً في اليوم الأول.

قلنا: المعنى في اليوم الأول استوفى قوت يومه منها؛ فلم يجز أن يدفع إليه، وفي اليوم الثاني فلم يستوفِ قوته منها، فجاز الدفع إليه كما يجوز الدفع إلى غيره»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز إطعام مسكين واحد ستين يومًا على عدم جواز ما لو أعطاه ثانيا في اليوم الأول، بجامع أن كلا منهما مسكين استوفى قوت يومه من كفارة، فإذا أُعْطِي منها لم يجز.

قدح القُدوري هذا بالفرق بأن المسكين في اليوم الأول استوفى قوت يومه منها، فلم يجز أن يدفع إليه، وأما في اليوم الثاني فلم يستوفِ قوته منها، فجاز الدفع إليه كما يجوز الدفع إلى غيره.

كما يمكن أن يقال أن المقصود من دفع المال سد الحاجة، وذلك سيتجدد له بتجدد الأيام، فكان هو في اليوم الثاني في معنى مسكينٍ آخر لتجدد سبب الاستحقاق له وهو سد الحاجة.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في اليوم الأول معنى غير موجود في الثاني وهو استيفاء قوت يومه منها.



(١) التجريد(١٠/ ٥١٣٠).

(٢) و رُوِي عن ابن يوسف في غير رواية أنه لا يجوز. انظر: المبسوط للسرخسي(٧/ ١٧).

(٣) انظر: المهذب(٢/ ١١٧)، ومغني المحتاج(٣/ ٣٦٦).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥١٣٤).

المطلب الثامن: في التطبيقات الفقهية في كتاب اللعان

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: امتناع الزوج عن اللعان.
- المسألة الثانية: حد القذف حق لله أم للآدمي؟.
- المسألة الثالثة: قذف الأخرس.
- المسألة الرابعة: إذا رمى زوجته بالزنا قبل التزويج.
- المسألة الخامسة: إذا نفى حمل امرأته زاعمًا أن الحمل من الزنا.



المسألة الأولى: امتناع الزوج عن اللعان[1].

في مذهب الحنفية أنه إذا امتنع الزوج من اللعان حُبس حتى يُلاعن، أو يقرَّ بالكذبِ[2].

وفي المذهب الشافعي: إذا امتنع الزوج من اللعان حُدَّ حَد القذف، وإن امتنعت المرأة حُدَّت حدَّ الزنا[3].

نص القُدوري«قالوا: حجة يسقط بها موجب القذف عن القاذف، فيتحقق بها الزنا على المقذوف،أصله:إذا أقام البينة.

والمعنى في البينة أن الحد لما وجب بها لم يملك بلعانه الحد، ولم يسقط بلعانها إنما يتحقق الزنا على الأجنبية بالبينة، فلذلك تحقق على الزوجة، أما اللعان فلا يحقق الزنا على الأجنبية كذلك لا يحققه على الزوجة»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب حد الزنى على المرأة إذا امتنعت عن اللعان على وجوب الحد عليها إذا أقام الزوج البينة بجامع أن كلا منهما حجة يسقط بها موجب القذف عن القاذف، فيتحقق بها الزنا على المقذوف.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى في البينة أن الحد لما وجب بها لم يملك

(١) التجريد(١٠/ ٥١٦٣). واللعان لغة: مصدر لاعن كقاتل من اللعن، وهو الطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى، وسُمِّي به ما يحصل بين الزوجين؛ لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذبًا، أو لأن الرجل هو الذي يلعن نفسه، وأُطلق في جانب المرأة من مجاز التغليب سمي لعانًا، لأنه قول الرجل وهو الذي بدأه. انظر: مختار الصحاح(١/ ٢٥٠). وأما في الشرع: عبارة عما يجري بين الزوجين من شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة. انظر: رد المحتار(٣/ ٨٠٥)، وأنيس الفقهاء(ص ١٦٢- ١٦٣).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٧/ ٣٩)، وبدائع الصنائع(٣/ ٢٣٨).

(٣) انظر: الأم(٥/ ٢٩٢)، والمهذب(٢/ ١٢٧).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥١٦٧).

بلعانه الحد ولم يسقط بلعانها إنما يتحقق الزنا على الأجنبية بالبينة، فلذلك تحقق على الزوجة، أما اللعان فلا يحقق الزنا على الأجنبية كذلك لا يحققه على الزوجة.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في البينة معنى غير موجود في اللعان وهو تحقق الزنا.



المسألة الثانية: حد القذف حق لله أم للآدمي؟[1].

حد القذف حق لله تعالى والمطالبة به حق الآدمي. هذا عند الحنفية[2].

وعند الشافعي: هو حق للآدمي يصح أن يبرأ منه ويعفو[3].

نص القُدوري«قالوا: حق يجب استيفاؤه على مطالبة آدمي به فكان حقاً للآدمي كالديون.

قلنا:....والمعنى في الأصل أنه يجوز استيفاء بعضه دون بعض، ولما كان الحد لا يصح استيفاء بعضه مع إمكان إسقاط بعضه دل على أنه ليس لحق الآدمي.

أو نقول: المعنى في المال أن استيفاءه بعد ثبوته لا يقف على الإمام، فكان حقًّا للمستوفي، والحد يقف استيفاؤه على الإمام فكان حقا له» [4].

بيانه: جعل الشافعية ذلك مقيسًا على أن الديون حق له بجامع أنهما حق يجب استيفاؤه على مطالبة آدمي به فكان للآدمي حقًا.

وفرَّق القُدوري، فذكر أن الديون أنه يجوز استيفاء بعضه دون بعض، ولما كان الحد لا يصح استيفاء بعضه مع إمكان إسقاط بعضه دل على أنه ليس حقًّ للآدمي.

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في الدين معنى غير موجود في الحد وهو صحة استيفاء بعضه دون بعض.

---

(١) التجريد(١٠/ ٥١٨٢).

(٢) لأبي يوسف قولان في هذه المسألة القول الأول: أنه حق لله تعالى والمطالبة به حق الآدمي. الثاني: أنه حق مشترك بين حق الله تعالى وحق الآدمي، لا يجب إلا بالمطالبة ويسقط بالعفو، وهو مثل قول الإمام مالك. انظر: المبسوط للسرخسي(٧/ ١٠٥)، وبدائع الصنائع(٧/ ٥٦)، والفواكه الدواني لأحمد بن غنيم النفراوي المالكي دار الفكر بيروت ١٤١٥هـ(٢/ ٢١٢).

(٣) انظر: إعانة الطالبين(٤/ ٢٩٥).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥١٨٥-٥١٨٦).

وفرق آخر: أن استيفاء المال بعد ثبوته لا يقف على الإمام، فكان حقًّا للمستوفي، أما الحد فيقف استيفاؤه على الإمام فكان حقا له[1].

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الحد مانع غير موجود في الدين وهو أن استيفاء المال بعد ثبوته لا يقف على الإمام.

(١) أي: أن حد القذف حق لله تعالى عز شأنه على الخلوص كسائر الحدود، إلا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المقذوف، وهذا لا ينفي كونه حقا لله تعالى عز شأنه على الخلوص، لأن المقذوف يطالب القاذف ظاهرًا وغالبًا دفعًا للعار عن نفسه، فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد كما في السرقة، ولأن حقوق العباد تجب بطريق المماثلة. انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٥٦).

المسألة الثالثة: قذف الأخرس[1].

مذهب الحنفية: لا يصح قذف الأخرس ولا لعانه. فإن قذفها وهو صحيح ثم خرس لم يلاعن[2].

المذهب الشافعي: يصح قذفه و لعانه[3].

نص القدوري«قالوا: كل زوج صح طلاقه فصح قذفه أو صح لعانه،كالناطق،وربما قالوا : زوج صح يمينه.

قلنا: ولأن المعنى في الناطق أنه وجد منه صريح القذف، والأخرس لم يوجد منه صريح القذف، فصار كالناطق إذا قذف بالكتابة»[4].

بيانه: قاس الشافعية صحة قذف الأخرس على صحة قذف الناطق بجامع أن كلا منهما زوج صح طلاقه فصح قذفه أو صح لعانه.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن الناطق صرَّح بالقذف، أما الأخرس فلم يوجد منه صريح القذف، فصار كالناطق إذا قذف بالكتابة.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الناطق معنى غير موجودفي الأخرس وهو التصريح بالقذف.



(١) التجريد(١٠/ ٥١٩٣).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٧/ ٤٢)، وبدائع الصنائع(٣/ ٢٤٢).

(٣) ذكر في المهذب شرطًا لصحة قذفه و لعانه وهو أن تكون له إشارة معقولة أو كتابة مفهومة. ولم يذكر القدوري هذا الشرط في التجريد. انظر: المهذب(٢/ ١٢٤).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥١٩٥).

المسألة الرابعة: إذا رمى زوجته بالزنا قبل التزويج[1].

مذهب الحنفية: إذا رمى زوجته بالزنا قبل التزويج وجب عليه اللعان[2].

المذهب الشافعي: وجب الحد. واختلف أصحابه إذا قذفها بزنا قبل النكاح، فزعم أنها ولدت في النكاح وأراد نفي الولد، فقيل: يلاعنها. وقيل: لا يلاعنها ويُحد[3].

نص القدوري«قالوا: قذفها بالزنا إضافة إلى حالة لا يلحقه الولد، فوجب أن لا يكون له لعان،كما لو قذف أجنبية ثم تزوجها.

قلنا:....والمعنى في قذف الأجنبية أن قذفه لم يصادف الفراش. وفي مسألتنا صادف قذفه الفراش وهو من أهل اللعان»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم وجوب اللعان لمن قذف زوجته بالزنا قبل التزويج على عدم وجوب اللعان ما لو قذف أجنبية ثم تزوجها، بجامع أن كلا منهما قذفها بالزنا إضافة إلى حالة لا يلحقه الولد، فوجب أن لا يكون له لعان.

اعترض القُدوري على هذا بالفرق، بدليل أن قذف الأجنبية لم يصادف الفراش. أما في هذه المسألة صادف قذفه الفراش وهو من أهل اللعان.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في قذف الزوجة مانع غير موجود في قذف الأجنبية وهو مصادفت الفراش.

كما يمكن القول بعدم التسليم في مسألة أن من لا يلحقه الولد لا يكون له لعان؛ بدليل أن الزوج لو قذف من لا يكون منها ولد - أي عقيم - أو رتقاء لاَعَن.

---

(١) التجريد(١٠/ ٥١٩٧).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٧/ ٥٠)، وبدائع الصنائع(٣/ ٢٣٩).

(٣) قال أبو هريرة: يلاعنها. وقال المروزي: لا يلاعنها ويُحَد. انظر: المهذب(٢/ ١٢٣).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥١٩٩).

المسألة الخامسة: إذا نفى حمل امرأته زاعمًا أن الحمل من الزنا[(١)].

المذهب الحنفي: إذا نفى حمل امرأته لم يجب حدٌّ ولا لعان، وإن قذفها بالزنا وزعم أن الحمل من الزنا لاَعَنَ ولم ينتف نسب الولد[(٢)].

المذهب الشافعي: إذَا قال: "هذا الحمل ليس مني" لاَعَنَ ونفي القاضي[(٣)].

نص القدوري«قالوا: حالة يصح استلحقاق الولد فيها فيصح نفيه،أصله:بعد الوضع.

قلنا:والمعنى فيما بعد الوضع (الولادة)أن الأحكام المختصة به يجوز أن تثبت له، وقبل الولادة لا تثبت الأحكام المختصة مثل البيع والنكاح، كذا نفي النسب»[(٤)].

بيانه: قاس الشافعية صحة اللعان في نفي الحمل على صحة اللعان في نفي الولد، أي ما بعد الوضع بجامع أن كلا منهما حالة يصح استلحقاق الولد فيها فيصح نفيه.

واعترض القُدوري عليهم بإيراد الفرق فذكر أن الأحكام المختصة به بعد الوضع (الولادة)يجوز أن تثبت له، أما قبل الولادة فلا تثبت الأحكام المختصة مثل البيع والنكاح، كذا نفي النسب.

كما أن إلزام الحكم على الحمل لا يجوز، وإنما يكون إلزامه بعد الوضع[(٥)].

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في مابعد الوضع معنى غير موجود في ماقبل الوضع وهو ثبوت الأحكام المختصة له.



---

(١) التجريد(١٠/ ٥٢٠٩).

(٢) وهو قول زفر. أما أبو يوسف ومحمد فذهب كلاهما إلى وجوب اللعان إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر. انظر: المبسوط للسرخسي(٧/ ٤٤)، وبدائع الصنائع(٣/ ٢٣٩-٢٤٠).

(٣) قال الماوردي في الحاوي أن فيه وجهين: أحدهما: أن له أن يلاعن من حملها كما يلاعن من ولدها. والثاني: وافق ما قاله الإمام أبو حنيفة أنه لا يجوز أن يلاعن. انظر: الحاوي(١١/ ٣٥-٣٦)، والمهذب(٢/ ١٢٢).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٢٠٩-٥٢١٠).

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي(٧/ ٤٥).

المطلب التاسع: في التطبيقات الفقهية في كتاب العدة

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: الأقراء المذكورة في القران.
- المسألة الثانية: موت الصبي عن امرأته الحامل.
- المسألة الثالثة: عتق الأمة في حال العدة.
- المسألة الرابعة: الإحداد للمجنونة والصغيرة.
- المسألة الخامسة: الإحداد للكافرة.

المسألة الأولى: الأقراء المذكورة في القران[1].

عند الحنفية أن الأقراء المذكورة في القران هي الحيض[2]. وهي في المذهب الشافعي: الأطهار[3].

نص القدوري «قالوا: طلقها في زمان مباح يتقيد بها بعده من العدة،كالآيسة والصغيرة.

قلنا: عدة الآيسة لا تشتمل على أمرين، والمقصود منها ليس هو براءة الرحم، لأنه قد سلمنا براءة رحمها، فلذلك اعتدت بالطهر، وفي مسألتنا زمان عدتها يشتمل على أمرين مختلفين، والمقصود منها براءة الرحم، وهذا يوجد في الحيض دون الطهر»[4].

بيانه:قاس الشافعية الأقراء الأطهار على عدة الأطهار في الآيسة والصغيرة بجامع أن كلا منهما طلقها في زمان مباح يتقيد بها بعده من العدة.

وجعل القُدوري الفرق بينهما أن الآيسة لا تشتمل على أمرين والمقصود منها ليس هو براءة الرحم لأنه قد عَلِمْنَا براءة رحمها فلذلك اعتدت بالطهر، أما في هذه المسألة زمان عدتها يشتمل على أمرين مختلفين، والمقصود منها براءة الرحم، وهذا يوجد في الحيض دون الطهر.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الأطهار مانع غير موجود في الآيسة وهو زمان عدتها يشتمل على أمرين مختلفين.

---

(١) التجريد(١٠/ ٥٢٧٩).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٦/ ١٣)، وبدائع الصنائع(٣/ ١٩٣).

(٣) انظر: الأم(٥/ ٢٠٩-٢١٠).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٢٨٩).

المسألة الثانية: موت الصبي عن امرأته الحامل[1].

المذهب الحنفي ومذهب محمد: إذا مات الصبي عن امرأته وهي حامل، فعدَّتها وضع الحمل استحسانا[2].

والمذهب الشافعي: عدتها الشهور وهو القياس. وهو قول أبي حنيفة[3].

نص القدوري«قالوا: الولد لا يجوز أن يكون منه قطعًا ويقينًا فلم تعتد به منه،قياساًعلى الولد الحادث بعد الموت.

والمعنى في الاصل أن الحمل لم يحدث على فراش النكاح، فلم تنقضِ به العدة، وهذا الحمل صادف فراش النكاح فجاز أن تنقضي العدة»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدة المرأة الحامل من زوجها الصبي الميت بالشهور على عدتها بالشهور في الولد الحادث بعد الموت، بجامع أن كلا منهما لا يجوز أن يكون الولد منه قطعًا ويقينًا فلم تعتد به منه.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى في الولد الحادث بعد الموت أن الحمل لم يحدث على فراش النكاح، فلم تنقضِ به العدة، وهذا الحمل صادف فراش النكاح فجاز أن تنقضي العدة.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في الولد الحادث بعد الموت مانع غير موجود في الحامل من الصبي الميت وهو مصادفت فراش النكاح.

---

(١) التجريد(١٠/ ٥٢٩٢).

(٢) انظر: الجامع الصغير(١/ ٢٣٠)، و المبسوط للسرخسي(٦/ ٥٢).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي(٦/ ٥٢)، و الأم (٥/ ٢١٩).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٢٩٤-٥٢٩٥).

المسألة الثالثة: عتق الأمة في حال العدة[1].

مذهب الحنفية: إذا اعتقت الأمة في حال العدة، فإن كان الطلاق رجعيا انتقلت العدة، وإن كان بائنا لم تنتقل[2].

المذهب الشافعي: له قولان: أحدهما أن عدة الرجعية لا تنتقل، والثاني: تنتقل؛ لأن المطلقة الرجعية هي زوجة فإذا لزمها الاعتداد مع الحرية كانت عدة الحرائر كما لو طلقها بعد العتق وكذلك في البائن قولان: تنتقل ولا تنتقل[3].

نص القدوري«احتجوا: بأنها معتدة، فوجب أن تتعين عدتها بالحرية،كالمطلقة الرجعية.

والجواب : أن المطلقة الرجعية زوجة، وأحكام الزوجية قائمة، فكل شيء يطرأ عليها يغير عدتها بدلالة الوفاة، والمبتوتة أحكام الزوجية عندها زائلة، فإذا حدث ما يوجب تغير العدة وليس ببدل ولا مبدل كما لو حدثت الوفاة لم تنتقل»[4].

بيانه: قاس الشافعية تعيُّن عدة الأمة بالحرية على عدة المطلقة الرجعية بجامع أن كلا منهما معتدة، فوجب أن تتعين عدتها بالحرية.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المطلقة الرجعية زوجة، وأحكام الزوجية

---

(١) التجريد(١٠/ ٥٣٠٧).

(٢) قال الإمام السرخسي: إذا طلقت الأمة تطليقة رجعية ثم أعتقت صارت عدتها عدة الحرة، و إن كان الطلاق بائنا لم تنتقل عدتها من عدة الإماء إلى عدة الحرائر، وعند مالك لا تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر في الوجهين جميعا، وهو أحد قولي الشافعي، وقال في القول الآخر: تنتقل عدتها في الوجهين. انظر: المبسوط للسرخسي(٦/ ٣٦-٣٧).

(٣) جاء في الأم: وإذا طلق الحر أو العبد الأمة طلاقا يملك فيه الرجعة فعدتها عدة الأمة، وإذا مضت عدتها ثم عتقت لم تعد للعدة ولم ترد إلى عدتها الأولى، وإذا عتقت قبل مضي المدة بساعة أو أقل أكملت عدة حرة لأن العتق وقع وهي في معنى الأحرار في عامة أمرها. انظر: الأم(٥/ ٢١٧-٢١٨).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٣٠٧-٥٣٠٩).

قائمة فكل شيء يطرأ عليها يغير عدتها بدلالة الوفاة، أما المبتوتة فأحكام الزوجية عندها زائلة، فإذا حدث ما يوجب تغير العدة وليس ببدل ولا مبدل كما لو حدثت الوفاة لم تنتقل.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في المطلقة الرجعية معنى غير موجود في الأمة المبتوتة وهو بقاء الأحكام الزوجية.

المسألة الرابعة: الإحداد للمجنونة والصغيرة[1].

المذهب الحنفي: الصغيرة والمجنونة لا إحداد عليهما[2].

المذهب الشافعي: عليهما الإحداد[3].

نص القدوري«قالوا: معتدة من وفاة زوجها كالبالغة.

قلنا: المعنى فيها أنها مُخَاطبة بفروع الشرع، فجاز الإحداد، والصغيرة لا يلزمها فروع الشرع فلم يلزمها الإحداد»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب الإحداد للمجنونة والصغيرة على وجوبه للبالغة بجامع أن كلا منهما معتدة من وفاة زوجها.

اعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن البالغة مُخَاطبة بفروع الشرع فجاز الإحداد، أما الصغيرة والمجنونة فلا يلزمهما فروع الشرع فلم يلزمهما الإحداد.

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في البالغة معنى غير موجود في المجنونة وهو المخاطبة بفروع الشرع.

ويجاب على القُدوري بأن العدة ليست عبادة بدنية بل هي اسم لمضي زمان، وهذه التسمية لا تختلف بالصغر والكبر والعقل والجنون.



(١) التجريد(١٠/ ٥٣١٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٣/ ٢٠٩).

(٣) انظر: الأم(٥/ ٢٣٢).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٣١٦).

المسألة الخامسة: الإحداد للكافرة[(١)].

الكافرة لا يلزمها الإحداد في مذهب الحنفية[(٢)]، ويلزمها في مذهب الشافعية[(٣)].

نص القدوري«قالوا: معتدة من وفاة زوجها،كالمسلمة.

قلنا: المسلمة مُخاطبة بفروع الشرع، فجاز أن يلزمها الإحداد، والكافرة غير مخاطبة بفروع الشرع فلا يلزمها»[(٤)].

بيانه: قاس الشافعية وجوب الإحداد للكافرة على وجوبه للمسلمة بجامع أن كلتيهما معتدة من وفاة زوجها.

لكنَّ القُدوري فرَّق فجعل المسلمة مُخاطبة بفروع الشرع لذا جاز أن يلزمها الإحداد، أما الكافرة فغير مخاطبة بفروع الشرع فلا يلزمها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في المسلمة معنى غير موجود في الكافرة وهو المخاطبة بفروع الشرع.

ويجاب عن هذا الفرق بعدم التسليم إذْ الكفار عند الشافعية مخاطبون بالفروع.



(١) التجريد(١٠/ ٥٣١٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٣/ ٢٠٩).

(٣) انظر: الأم(٥/ ٢٣٢).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٣١٧-٥٣١٨).

المطلب العاشر: في التطبيقات الفقهية في كتاب النفقات

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: إعسار الرجل بنفقة امرأته.
- المسألة الثانية: السكن والنفقة للمطلقة.
- المسألة الثالثة: نفقة كل ذي رحم محرم.
- المسألة الرابعة: وجوب النفقة بالقضاء.
- المسألة الخامسة: نفقة الأنثى إذا بلغت وليس لها عائل.



المسألة الأولى: إعسار الرجل بنفقة امرأته[1].

مذهب الحنفية: إذا أعسر الرجل بنفقة امرأته لم يفرق القاضي بينهما، ولكنها تؤمر أن تستدين عليه[2].

المذهب الشافعي: يفرق بينهما إن طلبت الفرقة وكذلك إذا أفلس بالمهر قبل الدخول[3].

نص القدوري«فقالوا: عقد يلحقه فسخ، فجاز أن يلحقه الفسخ بإعواز البدل،كالكتابة.

قلنا: المعقود عليه الكتابة، ولم يزل ملك العاقد عنه فيصير كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع، والملك قد زال في مسألتنا، فتعذُّر البدل لا يوجب الفسخ كالخلع والعتق على مال»[4].

بيانه: قاس الشافعية جواز فسخ عقد النكاح بإعواز البدل على جواز فسخ الكتابة بجامع أن كلا منهما عقد يلحقه فسخ، فجاز أن يلحقه الفسخ بإعواز البدل.

وقدح القُدوري هذا القياس بالفرق فالمعقود عليه في الكتابة، لم يزل ملك العاقد عنه فيصير كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع، أما في هذه المسألة فالملك قد زال، فتعذُّر

(١) التجريد(١٠/ ٥٣٨٧).

(٢) فائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض أنه يمكنها إحالة الغريم على الزوج، فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي فإن المطالبة عليها دون الزوج. انظر: المبسوط للسرخسي(٥/ ١٩٠-١٩١، ١٩٧).

(٣) قال الشافعي: وإذا أعسر بنفقة المرأة فأَجَّل ثلاثا، ثم خيرت فاختارت المقام معه فمتى شاءت أَجَّل أيضا، ثم كان لها فراقه لأن اختيارها المقام معه عفو عما مضى فعفوها فيه جائز وعفوها غير جائز عما استقبل، فلا يجوز عفوها عما لم يجب لها، وهي كالمرأة تنكح الرجل تراه معسرا لأنها قد تعفو عن ذلك راجية أن يوسر بعد عسرته فينفق عليها. انظر: الأم (٥/ ٩١، ١٠٧).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٣٩٣).

البدل لا يوجب الفسخ كالخلع والعتق على مال.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في فسخ النكاح معنى غير موجود في الكتابة وهو زوال الملك.

المسألة الثانية: السكن والنفقة للمطلقة[1].

مذهب الحنفية: للمطلقة النفقة والسكنى[2].

المذهب الشافعي: المبتوتة - وهي المطلقة طلاق بائن - لها السكنى ولا نفقة لها[3].

نص القدوري«قالوا: نفقة بحق الملك، فسقطت بزوال الملك،كالعبد إذا أعتقه.

قلنا: هناك سقطت السكنى منه فسقطت النفقة، وفي مسألتنا بخلافه، أو نقول:لم يبق بعد العتق حكم من أحكام الملك، فلم يجز أن تبقى النفقة. وقد بقي في المبتوتة حكم من أحكام الملك، فجاز أن تبقى النفقة»[4].

بيانه: قاس الشافعية سقوط السكن والنفقة للمطلقة على سقوط السكن والنفقة للعبد إذا أعتقه بجامع أن كلا منهما نفقة بحق الملك، فسقطت بزوال الملك.

وخالفهم القُدوري بأن العبدَ المعتق سقطت السكنى منه فسقطت النفقة، أما في هذه المسألة لم تسقط السكنى، فلم تسقط النفقة.

بمعنى آخر لم يبق بعد العتق حكم من أحكام الملك، فلم يجز أن تبقى النفقة، أما في المطلقة فقد بقي حكم من أحكام الملك فجاز أن تبقى النفقة.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المطلقة معنى غير موجود في العبد المعتق وهو بقاء السكنى وهو حكم من أحكام الملك.

(١) التجريد(١٠/ ٥٣٩٥).

(٢) لكل مطلقة بثلاث أو واحدة السكنى والنفقة مادامت في العدة، أما المطلقة الرجعية فلأنها في بيته منكوحة له كما كانت من قبل. وإنما أشرف النكاح على الزوال عند انقضاء العدة، وذلك غير مسقط للنفقة كما لو آلى منها، أو علق طلاقها بمضي شهر، فأما المبتوتة فلها النفقة والسكنى مادامت في العدة. انظر: المبسوط للسرخسي(٥/ ٢٠١-٢٠٢)، وبدائع الصنائع(٤/ ١٦).

(٣) ولكنه شرط لعدم النفقة أن لا تكون حاملا. انظر: الأم(٥/ ٢٣٧).

(٤) انظر: التجريد (١٠/ ٥٤٠١).

المسألة الثالثة: نفقة كل ذي رحم محرم[1].

مذهب الحنفية: النفقة واجبة لكل ذي رحم محرم من جهة النسب إذا كان فقيرا موافقا في الدين[2].

المذهب الشافعي: لا تجب النفقة إلا للوالدين والولد[3].

نص القدوري«قالوا: لا تجب نفقته في كسبه فلم يجب في ماله،كالأجنبي.

قلنا:....والمعنى في الأجنبي أن نفقته يجوز أن تجب بغير رحم، وهو النكاح والرق، فلم يجب بالرحم، وذو الرحم لا يجوز أن تجب نفقته بغير رحم فلذلك وجبت به»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم وجوب نفقة كل ذي رحم على عدم نفقة الأجنبي بجامع أن كلا منهما لا تجب نفقته في كسبه فلم يجب في ماله.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن نفقته للأجنبي يجوز أن تجب بغير رحم وهو النكاح والرق، فلم يجب بالرحم، أما ذو الرحم فلا يجوز أن تجب نفقته بغير رحم فلذلك وجبت به.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الأجنبي معنى غير موجود في ذو رحم وهو وجوب النفقة بغير رحم.



(١) التجريد(١٠/ ٥٤٠٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٥/ ٢٢٢-٢٢٣)، وبدائع الصنائع(٤/ ٣٠-٣١/ ٣٧).

(٣) انظر: الأم(٥/ ٨٧).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٤٠٦).

المسألة الرابعة: وجوب النفقة بالقضاء[1].

مذهب الحنفية: إذا وجبت نفقة الزوجة بالقضاء فمات أحد الزوجين سقطت[2].

المذهب الشافعي: تؤخذ من تركة الزوج[3].

نص القدوري«احتجوا: بأنه دين ثابت تجوز الكفالة به والحبس لأجله،كسائر الديون.

قلنا: المعنى فيها أنه يجوز وجوبها بعد الموت بتقدم أسبابها في حال الحياة، والنفقة بخلاف ذلك»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب النفقة بالقضاء أن تؤخذ من تركة الزوج على وجوب قضاء سائر الديون بجامع أن كلا منهما دين ثابت تجوز الكفالة به والحبس لأجله.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن سائر الديون يجوز وجوبها بعد الموت بتقدم أسبابها في حال الحياة، أما النفقة بخلاف ذلك فلا يجوز وجوبها بعد الموت.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الدين معنى غير موجود في النفقة وهو وجوبها بعد الموت بتقدم أسبابها في الحياة.

---

(١) التجريد (١٠/ ٥٤١٣).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٥/ ١٩٥)، وبدائع الصنائع(٤/ ٣٠).

(٣) انظر: روضة الطالبين(٩/ ٥٤).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٤١٣).

المسألة الخامسة: نفقة الأنثى إذا بلغت وليس لها عائل[1].

إذا بلغت الأنثى وليس لها مال، ولا زوج ولا كسب فنفقتها على أبيها، كذا عند الأحناف[2].

وعند الشافعي أنها إذا بلغت صحيحة فلا نفقة لها[3].

نص القدوري«احتجوا: بأن البلوغ مع الصحة معنى يُسْقِط نفقة الإبن، فوجب أن يسقط نفقة البنت،أصله اليسار. ولأن البلوغ مع الصحة يسقط النفقة.أصله الإبن.

قلنا: الغالب من حاله القدرة على التكسب، والبنت الغالب من حالها العجز عن التكسب»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب سقوط نفقة البنت على وجوب سقوط نفقة الابن بجامع أن البلوغ مع الصحة معنى يُسْقِط النفقة.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن الابن يغلب من حاله القدرة على التكسب أما البنت فالغالب من حالها العجز عن التكسب.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الإبن معنى غير موجود في البنت وهو القدرة على التكسب.



(١) التجريد(١٠/ ٥٤١٥).

(٢) تجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثا على الأب الثلثان وعلى الأم الثلث؛ لأن الميراث لهما على هذا المقدار. وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الأب؛ لقوله تعالى ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾. سورة البقرة آية(٢٣٣).

انظر: المبسوط للسرخسي(٥/ ٢٢٣)، و شرح فتح القدير (٤/ ٤٢٢).

(٣) قال الشافعي: وينفق على ولده حتى يبلغوا المحيض والحلم ثم لا نفقة لهم عليه إلا أن يتطوع، إلا أن يكونوا زمنى فينفق عليهم قياسا على النفقة عليهم إذا كانوا لا يغنون أنفسهم في الصغر، وسواء في ذلك الذكر والأنثى. انظر: الأم(٥/ ٨٧).

(٤) انظر: التجريد(١٠/ ٥٤١٥).

المبحث الرابع

في التطبيقات الفقهية من كتاب التجريد في ربع الجنايات

وفيه عشرة مطالب : -

- المطلب الأول : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب القصاص.
- المطلب الثاني : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الديات.
- المطلب الثالث : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب قتال أهل البغي.
- المطلب الرابع : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الحدود.
- المطلب الخامس : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب السرقة.
- المطلب السادس : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب قطاع الطرق.
- المطلب السابع : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الأشربة.
- المطلب الثامن : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب صول الفحل.
- المطلب التاسع : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب السير.
- المطلب العاشر : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الجزية.

* *   * ** *   * *

المطلب الأول: في التطبيقات الفقهية في كتاب الجنايات

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: قتل الذمي بالمسلم.
- المسألة الثانية: قتل الحر بالعبد.
- المسألة الثالثة: مقدار دية العبد إذا قتله الحر.
- المسألة الرابعة: القصاص بين الحر والعبد وبين العبدين وبين الرجال والنساء فيما دون النفس.
- المسألة الخامسة: حكم قطع يدين - أي يدي رجلين - بيد واحد!.

المسألة الأولى: قتل الذمي بالمسلم[1].

مذهب الحنفية: يُقتل المسلم بالذمي[2].

المذهب الشافعي: لا يجب القصاص على المسلم بقتل كافر، فإن جَرَحه وهو كافر ثم أسلم اقتص منه[3].

نص القدوري«احتجوا: بأنه منقوصٌ بالكفر، وإذا قتله مسلم لم يجب عليه القود، كالمستأمن. أو لأنه محقون الدم بعهد، فإذا قتله من حقن دمه بدينه لم يُقتل به.

والمعنى في المستأمَن أن دمه لم يُحقن على التأبيد، وإنما هو موقوف بدلالة إباحة دمه من غير فعل تحدد في جهته، إذا انقضت المدة فامتنع من الخروج، أخرِجناه إلى مأمنه ثم حَلَّ دمه. وليس كذلك الذمي، لأن حقن دمه مؤبد، بدلالة أنه لا يحل ألا لمعنى يوجد منه، كما لا يباح دم مسلم إلا بحدوث معنى منه»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم وجوب القصاص على المسلم إذا قتل الذمي على عدم وجوب القصاص على المسلم إذا قتل المستأمن، بجامع أن كلا منهما منقوصٌ بالكفر، فإذا قتله مسلم لم يجب عليه القود، أو لأنه محقون الدم بعهد، فإذا قتله من حقن دمه بدينه لم يُقتل به.

وأبطل القُدوري هذا بالفرق ذاكرًا أن دم المستأمَن لم يُحقن على التأبيد وإنما هو

(١) التجريد(١١/ ٥٤٣٨).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٢٦/ ١٣١)، والأم(٦/ ٣٩-٤٠)، المحلى لابن حزم الظاهري دار الأفاق الجديدة بيروت(١٠/ ٣٤٧- ٣٤٨)، والهداية شرح البداية(٤/ ١٦٠)، والمغني(٨/ ٢١٤-٢١٥)، والشرح الكبير(٤/ ٢٣٨).

(٣) انظر: الأم (٦/ ٣٩-٤٠)، و مغني المحتاج (٤/ ١٦). إذا قتل الذمي ذميا ثم أسلم القاتل فقد اتفقت المذاهب الأربعة على أنه يقتص منه خلافا للأوزاعي والإمام أحمد في رواية. انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٢٣٧).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٤٦٤).

موقوف بدلالة إباحة دمه من غير فعل محدد منه إذا انقضت المدة وامتنع من الخروج، فإنه أُخْرِج إلى مأمنه ثم حَلَّ دمه. أما الذمي فليس كذلك لأن حقن دمه مؤبد بدلالة أنه لا يحل إلا لفعل وُجد منه، كما لا يباح دم مسلم إلا بحدوث فعل منه.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الذمي مانع غير موجود في المستأمن وهو حقن الدم على التأبيد.

المسألة الثانية: قتل الحر بالعبد[1].

مذهب الحنفية: يجب القصاص على الحر بقتل العبد[2].

المذهب الشافعي: لا يجب[3].

نص القدوري«قالوا: كل قصاص لا يجري بين المستأمَن والمسلم لا يجري بين الحر والعبد،كالقصاص في الأطراف.

قلنا: الأطراف يجري مجرى ضمان الأموال، بدلالة أنها تكون عمدًا محضًا أو شبهة، فلا يجب القصاص فيها، فكذلك اعتبرت المماثلة، والأنفس ليس فيها ضمان الأموال،فلم تُعتبر فيها المماثلة.ولأن الأطراف يؤثر فيها النقص، والأنفس لا يُتصور فيها النقص»[4].

بيانه:قاس الشافعية ذلك على عدم القصاص في الأطراف بجامع أن كل قصاص لا يجري بين المستأمَن والمسلم لا يجري بين الحر والعبد.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى في الأطراف أنها تجري مجرى ضمان الأموال بدلالة أنها تكون عمدًا محضًا أو شبهة، فلا يجب القصاص فيها، فكذلك اعتبرت المماثلة، أما الأنفس فليس فيها ضمان الأموال فلم تُعتبر فيها المماثلة.

وفرق آخر: أن الأطراف يؤثر فيها النقص، أما الأنفس لا يُتصور فيها النقص.

---

(١) التجريد(١١/ ٥٤٦٩).

(٢) انظر: الأم (٦/ ٢٥)، و مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح الدار العلمية الهند ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م (١/ ٤٠٩)، والمبسوط للسرخسي(٢٦/ ١٢٩-١٣٠)، وتحفة الفقهاء (٣/ ١٠١)، وبدائع الصنائع (٧/ ٢٣٧)، والمغني (٨/ ٢٢١-٢٢٢)، والشرح الكبير (٤/ ٢٣٧-٢٣٨).

(٣) انظر: الأم(٦/ ٢٥).

(٤) أجيب عنه: بأن التساوي يعتبر في النفس أيضا، ولهذا لا يؤخذ المسلم بالمستأمن ولا الأب بالابن، وإنما لم تؤخذ الصحيحة بالشلاء والكاملة الأصابع بالناقصة، لأن النقص والشلل يتصور في الطرف ولا يتصور في النفس، ولهذا لا يتغير بدل النفس بالنقص ويتغير بالطرف. انظر: المبسوط للسرخسي (٢٦/ ١٣١) و(٢٧/ ٩٨)، والتجريد(١١/ ٥٤٨١).

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الأطراف معنى غير موجود في الأنفس وهو جريانها مجرى ضمان الأموال، و تأثير النقص فيها.



المسألة الثالثة: مقدار دية العبد إذا قتله الحر[1].

عند المذهب الحنفي ومحمد: إذا قتل عبدًا لم يبلغ بضمانه دية الحر وينقص عنها[2].

وقال أبو يوسف: عليه قيمته بالغة ما بلغت. وعليه المذهب الشافعي[3].

نص القدوري«قالوا: حيوان يضمن باليد والجناية، فوجب أن يضمن بالجناية بمثل ما يضمن باليد،أصله: البهيمة.

قلنا:....والمعنى في البهيمة أن القصاص لا يجوز أن يجب بقتلها فلم يتقدر بدلها، ولما كان العبد يجوز أن يجب القصاص بقتله، جاز أن يتقدر بدله بالجناية»[4].

بيانه: قاس الشافعية ضمان الحر للعبد إذا قتله على ضمان الحر للبهيمة إذا قتلها بجامع أن كلا منهما حيوان يضمن باليد والجناية، فوجب أن يضمن بالجناية بمثل ما يضمن باليد.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن القصاص في البهيمة لا يجوز أن يجب بقتلها فلم يتقدر بدلها، أما العبد فلما كان يجوز أن يجب القصاص بقتله جاز أن يتقدر بدله بالجناية.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في العبد مانع غير موجود في البهيمة وهو وجوب القصاص بقتله.



(١) التجريد(١١/ ٥٤٨٤).

(٢) اتفق الفقهاء على أن العبد إذا قتل فعلى القاتل قيمته إذا كانت قيمته أقل من الدية، أما إذا كانت قيمته أكثر من دية الحر، فاختلفوا على القولين الذين ذكرهما القُدوري. انظر: المبسوط للشيباني(٤/ ٥٩٢)، و بداية المجتهد(٢/ ٤١٤).

(٣) انظر: الأم(٦/ ٢٥)، والمهذب(٢/ ٢١٠).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٤٨٨).

المسألة الرابعة: القصاص بين الحر والعبد وبين العبدين وبين الرجال والنساء فيما دون النفس[1].

مذهب الحنفية: لا قصاص بين الحر والعبد فيما دون النفس ولا بين العبدين ولا بين الرجال والنساء[2].

المذهب الشافعي: يجري بينهما القصاص[3].

---

(١) التجريد(١١/ ٥٤٩١).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٢٦/ ١٣٦)، والهداية شرح البداية(٤/ ١٦٦).

(٣) قول الإمام القدوري (وقال الشافعي ~ : يجري بينهما القصاص) غير دقيق لأن الإمام الشافعي لا يرى جريان القصاص بين هؤلاء بإطلاق. فهو وإن كان يرى أن الرجل والمرأة يجري بينهما القصاص فيما دون النفس: الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل، وأن العبيد يقتص لبعضهم من بعض وإن تفاوت أثمانهم إلا أنه يرى بالنسبة للقصاص بين الحر والعبد فيما دون النفس أنه يقتص من العبد للحر إن طالب الحر بالقصاص، ولا يقتص للعبد من الحر. وقد نص على ذلك في الأم(٦/ ٥٢) وبهذا يتبين أن هذه المسألة تشتمل على ثلاثة محاور: الأول: القصاص بين الحر و العبد فيما دون النفس. الثاني: القصاص بين العبيد بعضهم من بعض فيما دون النفس. الثالث: القصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس. ويمكن القول أن الفقهاء اتفقوا على أنه يُقتص للحر من الحر وللعبد من العبد وللذكر من الذكر والأنثى من الأنثى فيما دون النفس، وكذلك اتفقوا أنه لا يُقتص من الحر للعبد فيما دون النفس. ثم اختلفوا في الباقي ففي المحور الأول: وهي القصاص بين الحر والعبد فيما دون النفس قولان: القول الأول: للإمام أبي حنيفة والإمام مالك في المشهور وهو أنه لا يجري بينهما القصاص فيما دون النفس. والقول الثاني: للإمام الشافعي والإمام أحمد والإمام مالك في رواية أنه يُقتص للحر من العبد في ما دون النفس، ولا يُقتص للعبد من الحر فيها. وفي المحور الثاني: وهي القصاص بين العبيد بعضهم من بعض فيما دون النفس فللفقهاء ثلاثة أقوال: القول الأول: للإمام أبي حنيفة: أنه لا قصاص بينهم فيما دون النفس. القول الثاني: للإمام مالك و الشافعي وأحمد في المذهب: أنه يجري بينهم القصاص فيما دون النفس. القول الثالث: للإمام أحمد في رواية: أنه يجري بينهما القصاص إذا استوت القيمة. وفي المحور الثالث: وهي القصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس قولان للفقهاء: القول الأول: للإمام أبي حنيفة وحماد أنه لا قصاص بينهما فيما دون النفس. والقول الثاني: للإمام مالك والإمام الشافعي والإمام أحمد: أنه يجري بينهما القصاص فيما دون النفس. انظر: الأم(٦/ ٥٢)، والمدونه الكبرى(١٦/ ٣٦٤-٣٦٦)، والمبسوط للسرخسي(٢٦/ ١٣٦)، =

نص القدوري«قالوا: كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس، جرى بينهما في الأطراف السليمة، أصله الأحرار.

قلنا: النفس لايعتبر فيها التساوي في الأرش،ولهذا أجري بينهما القصاص في النفس ولم يُجْرَ بينهما فيما دونها، فأما الحر والحر فتساويا في حقن الدم وفي أرش الأطراف فجرى القصاص بينهما في الأمرين، والحر والعبد تساويا في حقن الدم فجرى القصاص بينهما في النفس، وإن اختلفا في أرش الأطراف فلم يجر بينهما قصاص فيها»[1].

بيانه: قاس الشافعية جريان القصاص بين الحر والعبد فيما دون النفس على القصاص بين الأحرار بجامع أن كلا منهما شخصان جرى بينهما القصاص في النفس، فجرى بينهما القصاص في الأطراف السليمة.

واعترض القُدوري عليهم فذكر الفرق بين الوجهين وهو أن الحر والحر تساويا في حقن الدم وفي أرش الأطراف فجرى القصاص بينهما في الأمرين، أما الحر والعبد فتساويا في حقن الدم فجرى القصاص بينهما في النفس، وقد اختلفا في أرش الأطراف فلم يجر بينهما قصاص فيها[2].

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الحر والحر معنى غير موجود في الحر والعبد وهو التسلوي في حقن الدم وأرش الأطراف.

ثم إن المساواة بين الأحرار في الأنفس لا اعتبار لها، إنما يعتبر ذلك فيما دونها بدليل أن لو عشرة قتلوا واحد اقتص من العشرة جميعهم و يجب أن يُقتلوا به، ولم تعتبر المساواة، كذلك لو قتل رجل سليم رجلاً مريضًا جدًّا قُتِل به ولم تعتبر المساواة.

= والمغني(٨/ ٢٥٤)، وبداية المجتهد(٢/ ٤٠١-٤٠٤).

(١) انظر: التجريد(١١/ ٥٤٩٥-٥٤٩٦).

(٢) انظر: التجريد(١١/ ٥٤٩٥-٥٤٩٦).

المسألة الخامسة: قطع يدين بيد واحد[1].

مذهب الحنفية: إذا قطع اثنان يد واحد لم يجب القصاص على واحد منهما[2]. ولكن يجب عليهم دية اليد.

المذهب الشافعي: إذا لم يتميز فعل أحدهما من فعل الآخر وجب القصاص عليهما[3].

نص القدوري«قالوا: قصاص وجب للواحد على الواحد، جاز أن يجب على الجماعة للواحد،كالقصاص في الأنفس.

قلنا: الأنفس لا تتبعض في الإتلاف، وكل واحد من المشتركين كالمستوفي بجميعها، وليس كذلك الطرف لأنه يتبعَّض في الإتلاف فالواحد من المشتركين مستوفى لبعض المُتْلَف، لم يجز أن يقتصَّ منه، بيان الفرق بينهما : أن أحد المشتركين لو قَطَعَ من جانب العنق وقَطَعَ الآخر من الجانب الآخر وجب القصاص، ولو قَطَعَ أحد الشريكين من جانب الزند والآخر من الجهة الأخرى لم يقطع»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب قطع يدين بيد واحد على وجوب القصاص في الأنفس بجامع أن كلا منهما قصاص وجب للواحد على الواحد، فجاز أن يجب على الجماعة للواحد.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن الأنفس لا تتبعض في الإتلاف، وكل واحد من المشتركين كالمستوفي بجميعها، وليس كذلك الطرف لأنه يتبعَّض في الإتلاف فالواحد من المشتركين مستوفى لبعض المُتْلَف، فلم يجز أن يقتصَّ منه، وبيان ذلك الفرق أن أحد المشتركين لو قَطَعَ من جانب العنق وقَطَعَ الآخر من الجانب الآخر وجب القصاص، ولو

(١) التجريد(١١/ ٥٤٩٧).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٢٦/ ١٣٧).

(٣) انظر: الأم(٦/ ٢٤)، والمهذب(٢/ ١٧٨).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٤٩٩-٥٥٠٠).

قَطَعَ أحد الشريكين من جانب الزند والآخر من الجهة الأخرى لم يقطع.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الطرف مانع غير موجود في النفس وهو إمكان التبعض.

ويُجاب على القُدوري بأنه يساعد على الاتفاق الجنائي، فكل من أراد قطع يد الآخر اتفق مع ثالث على أن يقطعا يد فلان بالسوية ويفلتان من القصاص وما عليهما إلا الدية أو نصف الدية.



المطلب الثاني: في التطبيقات الفقهية في كتاب الديات

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: دية شبه العمد.
- المسألة الثانية: دية الخطأ.
- المسألة الثالثة: قتيل الحرم خطأ.
- المسألة الرابعة: ذهاب العقل بالمُوضِّحَة ومقدار الدية.
- المسألة الخامسة: قتل الحر العبد.

المسألة الأولى: دية[1] شبه العمد[2].

مذهب الحنفية وأبي يوسف منهم: دية شبه العمد أرباع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة[3].

وعن محمد: ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ما بين ثنية - وهي ما تم السنة الثالثة من الغنم والبقر وما تم السنة السادسة من الإبل - إلى بازل - وهو ما تم السنة الثامنة وماضي في التاسعة فكملت قوته - عامها كلها خلفه[4]..

وعليه المذهب الشافعي[5].

نص القدوري«قالوا: بنت مخاض لا تصلح للحمل عليها،فوجب أن لا تجزئ في الدية. أصله الفصلان[6].

قلنا: المعنى في الفصلان أنها لا تجزئ في الذكور الكبار، وليس كذلك بنت مخاض؛ لأنها تجوز في زكاة الكبار بنفسها، فجاز أن تجب في دية شبه العمد»[7].

بيانه: قاس الشافعية عدم إجزاء بنت مخاض في الدية المغلظة على عدم إجزاء الفصلان في الدية بجامع أن كلا منهما لا تصلح للحمل عليها.

---

(١) الدية لغة مصدر ودي القاتل المقتول: أعطى ديته وأعطى لوليه المال الذي هو بدل النفس. وهي حق للقتيل، جمعها ديات. انظر: اللسان(١٥/ ٣٨٣). أما شرعا: فعبارة عما يُؤدَّى وقد صار هذا الاسم علمًا على بدل النفوس دون غيرها، وهو الأرش. انظر: البحر الرائق(٨/ ٣٧٢).

(٢) التجريد(١١/ ٥٦٩٥).

(٣) بنت مخاض: مالها سنة وأمه حامل، وبنت لبون مالها سنتين وأمه ذات لبن، و الحقة مالها ثلاث سنوات واستحقت الركوب، والجذعة مالها أربع سنوات. انظر: البحر الرائق(٢/ ٢٣٠).

(٤) انظر: المبسوط للشيباني(٤/ ٤٥٠)، وبدائع الصنائع(٧/ ٢٥٤).

(٥) انظر: الأم(٦/ ٣٤).

(٦) سبق تعريفه في كتاب الزكاة (ص١٥٩) من البحث.

(٧) انظر: التجريد(١١/ ٥٦٩٩).

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى في الفصلان أنها لا تجزئ في الذكور الكبار، وليس كذلك بنت مخاض؛ لأنها تجوز في زكاة الكبار بنفسها، فجاز أن تجب في دية شبه العمد.

نوع الفرق معارضة في الفرع حيث وجد في بنت مخاض مانع غير موجود في الفصلان وهو إجزائها في زكاة الذكور الكبار.

المسألة الثانية: دية الخطأ[1].

مذهب الحنفية: دية الخطأ أخماسا عشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض[2].

المذهب الشافعي: عشرون ابن لبون[3].

نص القدوري «قالوا: بنت مخاض أحد طرفي سن الزكاة فلم يجب من سنها الذكر، كالجذعة.

قلنا: الجذعة أعلى سن يجب، فلو اجتمع فيه ذكر وأنثى تعطلت الدية، وابن مخاض أدنى سن يجب، فاجتماع الذكر والأنثى لا يؤدي إلى التغليظ ووجوب الديات على التخفيف، فكلما قرب منه فهو أولى»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم وجوب ابن مخاض في الدية على عدم وجوب الذكر من الجذعة في الدية بجامع أن كلا منهما أحد طرفي سن الزكاة فلم يجب من سنها الذكر.

أما القادح الذي فرَّق به القُدوري بين المسألتين فهو أن الجذعة أعلى سن يجب، فلو اجتمع فيه ذكر وأنثى تعطلت الدية، أما ابن مخاض فأدنى من يجب للدية، فاجتماع الذكر والأنثى لا يؤدي إلى التغليظ ووجوب الديات على التخفيف، فكلما قرب منه فهو أولى.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الجذعة معنى غير موجود في ابن مخاض وهو أنها أعلى سن يجب في الدية.



(١) التجريد(١١/ ٥٧٠٠).

(٢) انظر: المبسوط(٢٦/ ٧٦)، وبدائع الصنائع(٧/ ٢٥٤).

(٣) انظر: الأم(٦/ ١١٣) وعبارته: فدية الخطأ أخماس: عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة.

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٧٠٤).

المسألة الثالثة: قتيل الحرم خطأ[١].

يرى الحنفية أنه إذا قتل قتيلاً في الحرم خطأً لم تغلظ الدية[٢].

وعند الشافعي: تغلظ بالحرم والأشهر الحرم وقتل ذوي الأرحام[٣].

نص القُدوري«قالوا: قُتِل في الحرم، فكان العمد والخطأ في غرمه سواء،كالصيد.

قلنا: الصيد يُضمن بالعمد، كما يُضمن بالخطأ، فلم يكن الاعتماد فيه زيادة غرم، وأما قتل الآدمي فيجب في عمده من الضمان أكثر مما يجب في الخطأ، فلا يتغلظ بالحرم خَطَأُهُ حتى يلحق بعمد، كما لا يتغلظ بإيجاب القصاص»[٤].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على الغلظة في الصيد والرابط أنهما قُتِلا في الحرم، فكان العمد والخطأ في غرمه سواء.

والفرق الذي استند إليه القُدوري في رد مذهب الشافعي هو أن الصيد يُضمن بالعمد، كما يُضمن بالخطأ، فلم يكن الاعتماد فيه زيادة غرم، وأما قتل الآدمي فيجب في عمده من الضمان أكثر مما يجب في الخطأ، فلا يتغلظ بالحرم خَطَأُهُ حتى يلحق بعمد، كما لا يتغلظ بإيجاب القصاص.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في قتل الآدمي مانع غير موجود في قتل الصيد وهو أن في عمده من الضمان أكثر مما يجب في الخطأ.

(١) التجريد(١١/ ٥٧٠٥).

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص(٣/ ٢١٠).

(٣) انظر: الأم(٦/ ١١٣).

(٤) التجريد(١١/ ٥٧٠٧-٥٧٠٨).

المسألة الرابعة: ذهاب العقل بالمُوضِحة[1] ومقدار الدية[2].

مذهب الحنفية: إذا أوضحه فذهب عقله، فعليه الدية، ويدخل أرش المُوضِحة فيها[3].

المذهب الشافعي: لا يدخل أحدهما في الآخر[4].

نص القُدوري«قالوا: جناية زالت بها منفعة حالة في غير موضع الجناية،فوجب ألايدخل أرش الجناية في دية المنفعة، أصله :إذا ذهب بصره أو سمعه أو شمه أو كلامه.

قلنا: المعنى في هذه المنافع أنها تختص بمحلها ولا تتعداه، وليس كذلك منفعة العقل؛ لأنها تنقسم على سائر الأعضاء كما تنقسم الحياة عليها»[5].

بيانه: قاس الشافعية عدم دخول أرش الجناية في دية المنفعة على عدم دخولها ما إذا ذهب بصره أو سمعه أو شمه أو كلامه، بجامع أن جميعها جناية زالت بها منفعة حالة في غير موضع الجناية.

غير أن القُدوري فرَّق بينهما فذكر أن هذه المنافع تختص بمحلها ولا تتعداه، وليس كذلك منفعة العقل؛ لأنها تنقسم على سائر الأعضاء كما تنقسم الحياة عليها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في المنافع معنى غير موجود في العقل وهو الاختصاص بالمحل وعدم التعدية.



(١) المُوضِحة: من وضح الأمر وهي: الشجة التي تبدي وضح العظم. انظر: مختار الصحاح(١/ ٣٠٢). وأرش المُوضِحة: اسم للمال الواجب على الشجة التي تبدي وضح العظم. انظر: التعريفات(١/ ٣١).

(٢) التجريد(١١/ ٥٧١٨).

(٣) انظر: الهداية شرح البداية(٤/ ١٨٥).

(٤) انظر: الأم(٦/ ٨٢).

(٥) انظر: التجريد(١١/ ٥٧١٩).

المسألة الخامسة: قتل الحر العبد[1].

إذا قتل حر عبدا فالقيمة على عاقلته وإن جنى عليه فيما دون النفس فهو في ماله. كذا في المذهب الحنفي وعند محمد[2].

وللشافعي: في أحد قوليه: تتحمل العاقلة نفسه وما دونها، وقال في القول الآخر: لا تتحمل الأمرين[3].

نص القدوري «قالوا: العاقلة لا تحمل طرفه،فلا تحمل بدل نفسه،كالبهائم.

قلنا: لا يجب القصاص بقتلها ولا الكفارة، فلذلك لم تتحمل العاقلة الجناية عليها، ولما كان القصاص والكفارة تجب بقتل العبد جاز أن تتحمل العاقلة جنايته»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم تحمل العاقلة بدل جناية العبد على عدم تحملها بدل جناية البهائم بجامع أن كلا منهما العاقلة لا تحمل طرفه - أي بدل جناية طرفه - فلا تحمل بدل نفسه.

والفرق عند القُدوري أن البهائم لا يجب القصاص بقتلها ولا الكفارة، فلذلك لم تتحمل العاقلة الجناية عليها، ولما كان القصاص والكفارة تجب بقتل العبد جاز أن تتحمل العاقلة جنايته.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في العبد مانع غير موجود في البهائم وهو وجوب القصاص والكفارة بقتل العبد.



(١) التجريد(١١/ ٥٧٣٣).

(٢) وقد خالف أبو يوسف فقال: في مال القاتل. انظر: تبيين الحقائق(٦/ ١٥٩).

(٣) انظر: الأم(٦/ ٢٥-٢٦)، (٦/ ١١٧)، ولكنه ذكر أنه إذا قتله خطأً على عاقلته وإذا كان عمداً فعليه قيمته كاملة بالغة ما بلغت.

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٧٣٤).

المطلب الثالث: في التطبيقات الفقهية في كتاب قتال أهل البغي

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: إذا وجد المسلمون أسلحة أهل الحرب ودوابهم.
- المسألة الثانية: حكم المرتدة.
- المسألة الثالثة: ارتداد السكران.
- المسألة الرابعة: عرض الإسلام على المرتد.
- المسألة الخامسة: أولاد المرتد في دار الإسلام.



المسألة الأولى: إذا وجد المسلمون أسلحة أهل الحرب ودوابهم[1].

إذا وجد المسلمون أسلحة أهل الحرب ودوابهم جاز أن يقاتلوهم بها إذا احتاجوا إلى ذلك فإن استغنوا عنه أمسك الإمام إلى أن يتوبوا، وهذا مذهب الحنفية[2].

ولم يجوزه الشافعي[3].

نص القُدوري«قالوا: من له حرمة، ولا يجوز الانتفاع به بغير إذنه من غير ضرورة،أصله مال العادل.

قلنا:...والمعنى في سلاح العادل أنه لا يجوز حبسه عنه، فلا يجوز قتاله به، ولما جاز حبس سلاح الباغي عنه وأبيح قتاله جاز قتاله به»[4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على عدم جواز الانتفاع بمال العادل ـ وهو الذي لم تظهر منه ريبة ـ فكلاهما مال له حرمة، ولا يجوز الانتفاع به بغير إذن صاحبه من غير ضرورة.

وأبطل القُدوري هذا المذهب بالفرق فذكر أن سلاح العادل لا يجوز حبسه عنه، فلا يجوز قتاله به، ولما جاز حبس سلاح الباغي عنه وأبيح قتاله جاز قتاله بسلاحه، أي قتال الباغي بسلاحه.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في ساح الباغي مانع غير موجود في سلاح العادل وهو حبس السلاح وإباحة القتال بسلاحه.



(١) التجريد(١١/ ٥٨٣٥).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٠/ ١٢٧).

(٣) وذكر أنه لا يجوز إلا بشرط الضرورة لخوف انهزام أهل العدل أو نحو قتلهم لو لم يستعملوا ذلك. انظر: الأم(٤/ ٢١٨).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٨٣٦).

المسألة الثانية: حكم المرتدة[١].

منع الحنفيون قتل المرتدة[٢]. وقرَّره الشافعيون[٣].

نص القدوري«قالوا: كفر بعد إيمان فوجب القتل به كالرجل.

قلنا: المعنى فيه أن الرجل يُستعان به في القتال غالبًا، ولا يوجد من المرأة»[٤].

بيانه : قاس الشافعية مذهبهم على وجوب قتل الرجل المرتد بجامع أن كلا منهما كفر بعد إسلام.

وخالفهم القُدوري بالفرق فذكر أن الرجل يُستعان به في القتال غالبًا، ولا يوجد في المرأة.

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في الرجل معنى غير موجود في المرأة وهو الاستعانة به في القتال.

ويجاب على القدوري بأنه لا يُسلم عدم الاستعانة بالمرأة في القتال بدليل أن أم عمارة[٥] < كانت في غزوة أُحُد أَحَد المتحلقين حول الرسول عليه الصلاة والسلام وتشرفت بالدفاع عنه ﷺ، كما أنه يحتاج إليها لمداواة الجرحى والتخفيف عليهم.

---

(١) التجريد(١١/ ٥٨٤٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٠/ ١٠٩).

(٣) انظر: الأم(٤/ ١٩٥)، والمهذب(٢/ ٢٢٢).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٨٤٦).

(٥) نسيبة بنت كعب بن عمرو أم عمارة، الفاضلة المجاهدة الأنصَارية الخزرجية النجارية المَازِنية المدنية. كان أخوها عبدالله بن كعب المَازِني من البدريين، وكان أخوها عبدالرحمن من البكائين. شهدت أم عمارة ليلة العقبة، وشهدت أحداً، والحديبية، وحنين. انظر: الإصابة في معرفة الصحابة لابن حجر العسقلاني دار الجيل بيروت ١٤١٢هـ الطبعة الأولى(٨/ ١٤٠).

المسألة الثالثة: ارتداد السكران[1].

لا يعتد الحنفية بارتداد السكران استحسانًا، وإن أسلم حُكِمَ بإسلامه[2].

وصحح الشافعي إسلامه وردته[3].

نص القدوري «احتجوا: بأن من صَحَّ طلاقُه صحَّت ردته،كالصاحي.

قلنا: الصاحي يصح منه اعتقادٌ ويصح منه ما يقف على الاعتقاد، والسكران لا يصح اعتقاده فلم يصح منه ما يقف على الاعتقاد، كما لا تصح منه نية الصلاة»[4].

بيانه: قاس الشافعية ذلك على صحة ردة الصاحي والجامع أن كلا منهما صَحَّ طلاقُه فصحَّت ردته.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن الصاحي يصح منه اعتقادٌ ويصح منه ما يتوقف على الاعتقاد، أما السكران فلا يصح اعتقاده فلم يصح منه ما يتوقف على الاعتقاد، كما لا تصح منه نية الصلاة.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الصاحي معنى غير موجود في السكران وهو صحة الاعتقاد منه.

(١) التجريد(١١/ ٥٨٥٠).

(٢) للحنفية قولان في هذه المسألة الأول: لا تصح ردته استحسانا. الثاني: تصح قياسا على باقي الأحكام، والأول هو الأظهر. انظر: بدائع الصنائع(٧/ ١٣٤).

(٣) انظر: الأم(٦/ ١٥٩)، والمهذب(٢/ ٢٢٢).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٨٥٠).

المسألة الرابعة: عرض الإسلام على المرتد[1].

ذَهَبَ الحنفية: إلى استحباب عرض الإسلام على المرتد، فإن أسلم وإلا قُتِلَ، وليس الأمر بواجب[2].

والمسألة عند الشافعي: لها وجهان: وجه يستحب والآخر يجب[3].

نص القُدوري«قالوا: مرتد فلا يجوز قتله قبل عرض الإسلام عليه كالمرأة.

قلنا لهم: المرأة لا تُقتل بكفرها الأصلي، فلا تُقتل بالطارئ، والرجل يقتل بكفره الأصلي إذا بلغته الدعوة قبل عرض الإسلام، وكذلك لا يُقتل بالطارئ»[4].

بيانه : قاس الشافعية وجوب عرض الإسلام على المرتد قبل قتله على وجوب عرض الإسلام على المرأة بجامع أن كلا منهما مرتد لا يجوز قتله قبل عرض الإسلام عليه.

واعترض القُدوري على هذا بالفرق مبيِّناً أن المرأة لا تُقتل بكفرها الأصلي، فلا تُقتل بالطارئ، أما الرجل فيقتل بكفره الأصلي إذا بلغته الدعوة قبل عرض الإسلام، وكذلك لا يُقتل بالطارئ.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الرجل مانع غير موجود في المرأة وهو القتل بكفره الأصلي.



(١) التجريد(١١/ ٥٨٥٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٠/ ١٠٩)، و بدائع الصنائع(٧/ ١٣٥).

(٣) في المهذب وجهان الأول: لا يجب لأنه لو قتل قبل الاستتابة لم يضمنه القاتل ولو وجبت الاستتابة لضمنه. والثاني: تجب. والصحيح الثاني. انظر: المهذب(٢/ ٢٢٢).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٨٥٣).

المسألة الخامسة: أولاد المرتد في دار الإسلام[1].

أولاد المرتد في دار الإسلام إذا لحق بهم لم يُسْتَرَقُّوا وما ولد له في دار الحرب من مرتدة أو كافرة يُسترق كذا في المذهب الحنفي[2].

وفصَّل الشافعي، وله قولان: أحدهما: يُسترق الجميع، أما المتولد في دار الحرب فلأنه مولود في دار الحرب بين كفار فجاز أن يُسترق كولد أهل الحرب، وجاز أن لا يسترق[3]. والثاني: كافر أصلي[4].

نص القُدوري«احتجوا: بأنه تابع لا يجوز استرقاق ابنه لحرمة الإسلام، فلا يجوز استرقاقه، كما لو كانت أمه مسلمة،كالمولود في دار الإسلام.

قلنا:....والمعنى فيمن ولد في دارنا أنه لم يعرف والده لم يسترق، فإذا عرف لم يجز الاسترقاق عليه لكفرهما، والمولود في دار الحرب لو لم يعرف أبواه استرق فإذا عرفاه وهما كافران لم يسترق»[5].

بيانه: استند الشافعية في عدم جواز استرقاق أولاد المرتد إلى عدم جواز استرقاق المولود في دار الإسلام بجامع أن كلا منهما تابع لا يجوز استرقاق ابنه لحرمة الإسلام، فلا يجوز استرقاقه، كما لو كانت أمه مسلمة.

وردَّه القُدوري مفرقًا بين المسألتين لأن من وُلد في دار الإسلام لم يعرف والده فلم يسترق، فإذا عرف لم يجز الاسترقاق عليه لكفرهما، أما المولود في دار الحرب فلو لم يعرف أبواه استرق فإذا عرفاه وهما كافران لم يسترق.

---

(١) التجريد(١١/ ٥٨٦٠).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٠/ ١١٦).

(٣) انظر: المهذب(٢/ ٢٢٣- ٢٢٤).

(٤) لم يذكره القدوري في التجريد. انظر: التجريد(١١/ ٥٨٦٠).

(٥) انظر: التجريد(١١/ ٥٨٦٠-٥٨٦١).

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المولود في دار الحرب مانع غير موجود في المولود في دار الإسلام وهو الاسترقاق.

المطلب الرابع: في التطبيقات الفقهية في كتاب الحدود

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: هل الإسلام شرط في الإحصان؟.
- المسألة الثانية: حد المُكَلَّف إذا زنى مع غير المُكَلَّف.
- المسألة الثالثة: عدد الإقرارات الكافية في وجوب الحد.
- المسألة الرابعة: إذا وطئ من ظنها حلالا فبانت أجنبية.
- المسألة الخامسة: إتيان البهائم.

المسألة الأولى: هل الإسلام شرط في الإحصان؟[1].

هكذا في المذهب الحنفي وعند محمد[2].

وعن أبي يوسف: ليس بشرط في إحصان الرجم[3]. وعليه المذهب الشافعي[4].

نص القدوري«قالوا: أحد موجبي الزنا، فجاز أن يجب على الكافر،كالجلد.

قلنا: الجلد لم يُعتبر فيه الإحصان، فجاز أن يجب على الكافر، والرجم وجب فيه الإحصان، فلذلك لم يجب على الكافر»[5].

بيانه: قاس الشافعية وجوب الرجم للكافر المُحْصَن على وجوب الجلد له، بجامع أن كلا منهما أحد موجبي الزنا، فجاز أن يجب على الكافر.

غير أن القُدوري صرَّح بأن الجلد لم يُعتبر فيه الإحصان، فجاز أن يجب على الكافر، وأما الرجم فوجب فيه الإحصان، فلذلك لم يجب على الكافر.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في الرجم مانع غير موجود في الجلد وهو وجوب الإحصان.



(١) التجريد(١١/ ٥٨٧٦). الإحصان لغةً: المنع من حصُن المكان يحصن حصانة: فهو حصين منيع. انظر: اللسان(١٩/ ١٢٠). أما شرعاً: أن يكون الرجل عاقلاً بالغاً حراً مسلماً دخل بامرأة بالغة عاقلة حرة مسلمة بنكاح صحيح. انظر: التعريفات(١/ ٢٧).

(٢) انظر: الجامع الصغير(ص٢٧٩)، وبدائع الصنائع(٧/ ٣٧).

(٣) انظر: البحر الرائق(٥/ ١٩).

(٤) انظر: المهذب(٢/ ٢٦٧).

(٥) انظر: التجريد(١١/ ٥٨٨٠).

المسألة الثانية: حد المُكَلَّف إذا زنى مع غير المُكَلَّف[1].

إذا مَكَّنت العاقلة مجنونًا أو صبيًا فوطئها فلا حدَّ عليها، وإن وَطئ العاقل مجنونة أو مراهقة حُدَّ[2]، وهو مذهب الأحناف، وأما الشافعية فقد أوجبوا الحدَّ عليها[3].

نص القُدوري«قالوا: كل واطئين إذا كانا مكلفين وجب الحد على كل واحد منهما فإذا كان أحدهما مكلفًا وجب الحد على المكلف منهما،أصله العاقل إذا زنى بالمجنونة.

قلنا: العاقل إذا زنى فعله متبوع، فسقوط الحد عن التبع لا يمنع وجوبه عليه، و في مسألتنا فعلهما تبع، فإذا لم يكن فعله زنى لم يجز أن يكون المفعول بها زانية على ماقدمنا»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب الحد على المكلف منهما على وجوب الحد على العاقل إذا زنى بالمجنونة بجامع أن كل واطئين إذا كانا مكلفين وجب الحد على كل واحد منهما فإذا كان أحدهما مكلفًا وجب الحد على المكلف منهما.

ورفض القُدوري هذا القياس معللاً بأن العاقل إذا زنى فعله متبوع، فسقوط الحد عن التبع لا يمنع وجوبه عليه، أما في هذه المسألة فعليهما تبع، فإذا لم يكن فعله زنى لم يجز أن يكون المفعول بها زانية.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في العاقل معنى غير موجود في غير المكلف وهو أن الفعل متبوع وهو زنى.



(١) التجريد(١١/ ٥٨٨١).

(٢) اختلف قول زفر وأبي يوسف في رواية: أن الحد على العاقلة. ولم يذكر ذلك القدوري في مذهب الحنفية في هذه المسألة. انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٣٤)، والبحر الرائق(٥/ ١٩).

(٣) انظر: المهذب(٢/ ٢٦٨).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٨٨٣).

المسألة الثالثة: عدد الإقرارات الكافية في وجوب الحد[1].

ذهب الحنفية إلى أنه لا يثبُت الزنى بالإقرار حتى يقر أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر[2].

واكتفى الشافعي بمرة واحدة ليقع الحد[3].

نص القدوري«قالوا : سبب يوجب الحد، فجاز أن يُثبت بإقراره مرة واحدة، أصله حد الشرب والقذف.

قلنا: حد القذف والشرب لم يفارق في عدد الشهادة، فكذلك في عدد الإقرار، ولما فارق حد الزنى نوعه في عدد الشهود جاز أن يخرج بين نوعه في عدد الإقرار»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب الحد بإقراره مرة واحدة على وجوب حد الشرب والقذف مرة واحدة بجامع أن كلا منهما سبب يوجب الحد، فجاز أن يُثبت بإقراره مرة واحدة.

لكنَّ القُدوري نَصَبَ فرقًا بين ما ذكره الشافعية مشيرًا إلى أن حد القذف والشرب لم يفارق في عدد الشهادة، فكذلك في عدد الإقرار، أما حد الزنا فلما فارق نوعه في عدد الشهود جاز أن يخرج بين نوعه في عدد الإقرار، لما كانت المفارقة في عدد الشهود تؤثر في حد الزنا فكذلك جاز أن تكون المفارقة في عدد الإقرار مؤثرة فيه.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في الزنا مانع غير موجود في القذف والشرب وهو مفارقة النوع في عدد الشهود.

(١) التجريد(١١/ ٥٨٨٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٤٧).

(٣) انظر: الأم(٦/ ١٣٥).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٨٩٠).

المسألة الرابعة: إذا وطئ من ظنها حلالا فبانت أجنبية[1].

أوجب الحنفية الحد على الرجل إذا وجد امرأة نائمة في داره أو على فراشه، وظنها زوجته أو جاريته فجامعها، ثم وجدها أجنبية[2].

وقرَّ الشافعي بأن لا حد عليه[3].

نص القُدوري«قالوا: وطئها وهو يعتقد أن وطأها حلال، فلا يجب عليه الحد، كمن زفت إليه غير امرأته.

قلنا: هناك لا يتمكن من معرفتها: إلا بالخبر، وقد وجد الخبر أنها زوجته، فلم يوجد من جهته تفريط. وفي مسألتنا عليه أن يتوصل إلى معرفتها بمشاهدتها أو سماع كلامها، فصار كما لو زُفَّت إليه امرأة ولم يخبره النساء أنها امرأته فوطئها، وإذا هي أجنبية وجب عليه الحد»[4].

بيانه : قاس الشافعية عدم وجوب الحد على من وطئ امرأة ظنها حلالاً فبانت أجنبية على عدم وجوبه على من زُفَّت إليه غير امرأته فوطئها بجامع أن كلا منهما وطئها وهو يعتقد أن وطأها حلال، فلا يجب عليه الحد.

ومنعه القُدوري، وعلته الفرق بأن من زُفَّت إليه غير امرأته لا يتمكن من معرفتها إلا بالخبر، وقد وجد الخبر أنها زوجته، فلم يوجد من جهته تفريط. أما في هذه المسألة فكان عليه أن يتوصل إلى معرفتها بمشاهدتها أو سماع كلامها، فصار كما لو زُفَّت إليه امرأة ولم يخبره النساء أنها امرأته فوطئها، فإذا هي أجنبية وجب عليه الحد.

---

(١) التجريد(١١/ ٥٨٩٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٣٧)، والبحر الرائق(٥/ ١٥).

(٣) انظر: المهذب(٢/ ٢٦٨).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٨٩٩-٥٩٠٠).

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في من وطء إمرأة ظنها حلال فبانت حرام مانع غير موجود في من زفت إليه مرأة فظن أنها حلال وهو التوصُّل إلى معرفتها بالمشاهدة وسماع الكلام.

ويجاب على القُدوري أن قوله يعارض قاعدة درء الحدود بالشبهات.



المسألة الخامسة: إتيان البهائم[1].

حكم الذي يطأ بهيمة أن يُعزر، ولا يجب عليه الحد في المذهب الحنفي[2].

المذهب الشافعي: في أحد قوليه: يحد. وقال في القول الآخر: يُقتل بكل حال. ومن أصحابه من قال: فيها قولاً ثالث: أنه يعذر ولا يحد[3]، وهو مذهب الحنفية.

نص القُدوري«قالوا: فرج حيوان، جاز أن يجب بالإيلاج فيه الحد،أصله فرج المرأة.

قلنا: المعنى فيه أنه يجوز أن يجب به المهر ويثبت به الإحصان، وفي مسألتنا بخلافه»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب الحد بإتيان البهائم على وجوب الحد بإتيان فرج المرأة بجامع أن كلا منهما فرج حيوان، فجاز أن يجب بالإيلاج فيه الحد.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر فرج المرأة يجوز أن يجب به المهر ويثبت به الإحصان، أما فرج البهائم بخلافه فلا يجب به مهر ولا يُحصن.

نوع الفرق : معارضة في الأصل حيث وجد في فرج المرأة معنى غير موجود في فرج البهائم وهو وجوب المهر وثبات الإحصان به.

(١) التجريد(١١/ ٥٩١٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٣٤).

(٣) انظر: المهذب(٢/ ٢٦٩)، وذكر في نهاية المحتاج: أن الأظهر من هذه الأقوال القول الثالث. انظر: نهاية المحتاج(٧/ ٤٢٦).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٩١٨).

المطلب الخامس: في التطبيقات الفقهية في كتاب السرقة

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: المقدار الذي يُقطع فيه السارق.
- المسألة الثانية: سرقة ما يسرع إليه الفساد.
- المسألة الثالثة: سرقة ما كان أصله مباحا.
- المسألة الرابعة: نقصان قيمة المسروق عن النصاب.
- المسألة الخامسة: سرقة المصحف والكتب.

المسألة الأولى: المقدار الذي يُقطع فيه السارق[1].

حدَّ الحنفية النصاب الذي يُقطع فيه السارق بعشرة دراهم فصاعدا؛ وما سوى الورق يُقَوَّم - أي يُقَدَّر.[2].

وحدَّده الشافعي بربع دينار، وما سوى الذهب يُقَدَّر به[3].

نص القُدوري«قالوا: مقدار يجب في زكاة الذهب بانفراده، فجاز أن يُقطع بسرقته، أصله: الدينار.

قلنا: المعنى فيه: إنه مقدار مُتَّفق على وجوب القطع فيه، وفي مسألتنا بخلافه»[4]

بيانه: قاس الشافعية جواز القطع بسرقته النصاب ربع دينار على جواز القطع بسرقته الدينار بجامع أن كلا منهما مقدار يجب في زكاة الذهب بانفراده، فجاز أن يُقطع بسرقته.

لكنَّ القُدوري جعل الدينار مقداراً مُتَّفقًا على وجوب القطع فيه، أما في هذه المسألة فغير متفق على وجوب القطع فيه فبان الفرق بذلك.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الدينار معنى غير موجود في ربع دينار وهو الاتفاق على وجوب القطع فيه.

---

(١) التجريد(١١/ ٥٩٦٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٧٧).

(٣) انظر: الأم(٦/ ١٤٧)، والمهذب(٢/ ٢٧٢).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٩٦٨).

المسألة الثانية: سرقة ما يسرع إليه الفساد[1].

مذهب الحنفية ومحمد: لا يُقطع في سرقة ما يسرع إليه الفساد كالبقول والفاكهة التي لا تبقى والثمار الرطبة[2].

قال أبو يوسف: يقطع في جميع ذلك[3]. وعليه المذهب الشافعي[4].

نص القُدوري«قاوا: ما قطع بسرقة يابسه، قطع في سرقة رطبه، كالنبات والقت.

قلنا:....ولأن النبات والقت معنى التمول كامل في رطبها و يابسها، فوجب القطع فيهما، ومعنى التمول غير كامل في الفاكهة الرطبة فخالف حال اليابس منهما.»[5].

بيانه: قاس الشافعية وجوب القطع في سرقة الرطب على وجوب القطع في سرقة النبات والقت – وهو علف الدواب الرطب – بجامع أن كلا منهما قطع بسرقة يابسه، فقطع في سرقة رطبه.

وفرَّق القُدوري فذكر أن معنى التمول – وهو كونه مالاً ـ في النبات والقت كامل في رطبها و يابسها – أي أنها مال سواء كانت رطبة أو يابسه –، فوجب القطع فيها، أما الفاكهة الرطبة فمعنى التمول غير كامل فيهاـ أي أنها في حالة الرطوبة هي مال أما إذا كانت يابسة فهي ليست بمال لأنها فاسدة لا تؤكل –.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في النبات والقت معنى غير موجود في الفاكهة الرطبة وهو التمول الكامل في رطبها ويابسها.

---

(١) التجريد(١١/ ٥٩٦٩).

(٢) انظر: الجامع الصغير(ص٢٩٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٦٩).

(٤) انظر: الأم(٦/ ١٤٧).

(٥) انظر: التجريد(١١/ ٥٩٧٣).

المسألة الثالثة: سرقة ما كان أصله مباحا[1].

مذهب الحنفية: ما يوجد مباحا في دار الإسلام كالصيد و الجص والنورة[2] والخشب لا قطع فيه[3].

قال أبو يوسف: يُقطع في جميع ذلك إلا في الماء والسرجين والتراب[4]. وعليه المذهب الشافعي وزعم أصحابه أن في الماء والتراب وجهين[5].

نص القُدوري «قالوا: سرق نصابا مقدرا من حرز مثله من غير شبهة،كالساج[6].

قلنا :.....والمعنى في الساج أنه لا يوجد مباحا في دار الإسلام، فلذلك وجب الحد بسرقته، وليس كذلك هذا ؛ لأن جنسه يوجد مباحا غير مرغوب فيه فلم يجب به قطع»[7].

بيانه: قاس الشافعي وجوب الحد في سرقة ما كان أصله مباحا على وجوب الحد في سرقة الساج بجامع أن كلا منهما سرق نصابا مقدرا من حرز مثله من غير شبهة.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن الساج لا يوجد مباحا في دار الإسلام، فلذلك وجب الحد بسرقته، وليس كذلك ما كان أصله مباحا؛ لأن جنسه يوجد مباحا غير

---

(١) التجريد(١١/ ٥٩٧٤).

(٢) النورة: الحجر الذي يحرق ويسوى منه الكلسي، ويحلق به شعر العانة. انظر: اللسان(٥/ ٢٤٤)مادة (نور).

(٣) انظر: الجامع الصغير(١/ ٢٩٥)، وبدائع الصنائع(٧/ ٦٨).

(٤) انظر شرح فتح القدير (٥/ ٣٦٦).

(٥) انظر الأم (٦/ ١٤٧)، و مغني المحتاج (٤/ ١٦٢).

(٦) الساج: من سوج ساج سوجا. والسوج موضع الساج وهو الطيلسان الضخم الغليظ وهو شجر عظيم جداً يذهب طولاً وعرضاً وله ورق يتغطى الرجل به من المطر وله رائحة طيبة تشبه رائحة ورق الجوز، وهو خشب يُجلب من الهند. انظر: اللسان(٢/ ٣٠٢-٣٠٣)، و مختار الصحاح(١/ ١٣٤).

(٧) انظر: التجريد(١١/ ٥٩٧٨).

مرغوب فيه فلم يجب به قطع.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في ما كان أصله مباح مانع غيرموجود في الساج وهو وجود جنسه مباح غير مرغوب فيه.

ويُجاب على قول: أنه لا شبهة فيه، أن كونه لا يملك بالأخذ في دار الإسلام هذه شبهة فيه لأن هناك قصور في الأخذ - أي أن الأخذ ليس كامل -.



المسألة الرابعة: نقصان قيمة المسروق عن النصاب[1].

إذا نقصت قيمة العين عن النصاب سقط القطع عند الحنفية[2].

ولا يسقط عند الشافعي[3].

نص القدوري«قالوا: قدر النصاب إذا اختلف فيه حال الوجوب وحال الأخذ فالمعتبر بحال الأخذ،أصله: إذا أخذه وقيمته أقل من قدر النصاب ثم زادت قيمته.

قلنا: هناك الطارئ موجب، وفي مسألتنا الطارئ مسقط، وفرق الأصول بينهما بدلالة أن الحرية إذا طرأت بعد الزنا لم يكمل الحَد وتَغُّير إحصان المقذوف يسقط الحد، فعُلِم أن الطارئ إذا أسقط الحد اعتبر ولو أوجب الحد أو غلَّظه لم يعتبر»[4].

بيانه: قاس الشافعية المُعتبر في قدر النصاب حال الأخذ على أن المعتبر فيما إذا أخذه وقيمته أقل من قدر النصاب ثم زادت قيمته بجامع أن كلا منهما قدر النصاب اختلف فيه حال الوجوب وحال الأخذ.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعنى فيما أخذه وقيمته أقل أن الطارئ فيه موجب، وأما في هذه المسألة فالطارئ مسقط، وفرق الأصول بينهما بدلالة أن الحرية إذا طرأت بعد الزنا لم يكمل الحَد وتَغُّير إحصان المقذوف يسقط الحد، فعُلِم أن الطارئ إذا أسقط الحد اعتبر ولو أوجب الحد أو غلَّظه لم يعتبر.

ويؤخذ ذلك على الشافعي لأن شرط القطع بلوغ المسروق ربع دينار فصاعدا أو قيمته فإذا نقص عن النصاب لا يقطع.

---

(١) التجريد(١١/ ٥٩٨٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٧٨)، والبحر الرائق(٥/ ٧٠).

(٣) انظر: الأم(٦/ ١٤٧-١٤٨)، التنبيه للشيرازي(ص٢٤٥)، ومغني المحتاج(٤/ ١٥٨).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٩٨٣).

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في أقل قدر النصاب معنى غير موجود في قدر النصاب وهو أن الطارئ موجب.

المسألة الخامسة: سرقة المصحف والكتب[١].

لا تُقطع يد السارق إذا سرق مصحفًا أو كتب علم في مذهب الحنفية[٢].

وأوجب الشافعي القطع[٣].

نص القدوري«نوع مال فجاز القطع فيه،كسائر الأموال.

قلنا: والمعنى في سائر الأموال أنه لا شبهة للسارق في أخذها، و له في أخذ المصحف شبهة، فلا يتعلق بأخذه القطع كسائر الأموال التي في أخذها شبهة»[٤].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على وجوبه في سائر الأموال بجامع أن كليهما نوع مال فلزم القطع فيه.

واعتمد القُدوري في رد القياس على الفرق بأن سائر الأموال لا شبهة للسارق في أخذها، أما هنا فإن له في أخذ المصحف شبهة، فلا يتعلق بأخذه القطع كسائر الأموال التي في أخذها شبهة.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المصحف مانع غير موجود في سائر الأموال وهو الشبهة في أخذه.

---

(١) التجريد(١١/ ٥٩٩١).

(٢) انظر: الجامع الصغير(١/ ٢٩٥)، وبدائع الصنائع(٧/ ٦٨)، و البحر الرائق(٥/ ٥٨).

(٣) انظر: الأم(٩/ ١٤٧)، وبه قال أبو يوسف. انظر: الجامع الصغير(١/ ٢٩٥).

(٤) انظر: التجريد(١١/ ٥٩٩٢).

المطلب السادس: في التطبيقات الفقهية في كتاب قطع الطريق

ويشتمل على مسألتين:

- المسألة الأولى: إذا قَتَل قاطع الطريق وأَخَذ المال.
- المسألة الثانية: حكم الردء في قاطع الطريق.



المسألة الأولى: إذا قَتَل قاطع الطريق وأَخَذ المال[1].

المذهب الحنفي: إذا أخذ قاطع الطريق المال وقتل فإن الإمام يقطع يده ثم يقتله ويصلبه[2].

المذهب الشافعي: يقتله ويصلبه ولا يقطع يده[3].

نص القدوري« قالوا: وجب القتل، فلا يجب معه القطع، كالسارق إذا زنا كما لو لم يأخذ المال.

قلنا: السارق الزاني اجتمع فيه حَدَّان متداخلان، وفي مسألتنا قد بينا أنه حد واحدٌ فلم يتداخل، وأما إذا لم يأخذ المال فلم يوجد سبب القطع، وفي مسألتنا يوجد سببه»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم وجوب القطع مع القتل لقاطع الطريق إذا قتل وأخذ المال على عدم وجوبه على السارق إذا زنا أو على السارق ما لو لم يأخذ المال بجامع أن كلا منهما وجب فيه القتل، فلا يجب معه القطع.

وردَّه القُدوري فذكر أن السارق الزاني اجتمع فيه حَدَّان متداخلان فلم يُقطع، وأما في هذه المسألة فالحد واحدٌ فلم يتداخل، والفرق أنه إذا لم يأخذ المال لم يوجد سبب القطع، وأما في هذه المسألة يوجد سببه.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في السارق الزاني معنى غير موجود في السارق وهو اجتماع حدان متداخلان فيه.



(١) التجريد(١٢/ ٦٠٦١).

(٢) وإن شاء لم يقطعه وقتله وصلبه. انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٩٣)، و البحر الرائق(٥/ ٧٣).

(٣) انظر: الأم (٦/ ١٥٢) و(٧/ ٣٣١-٣٣٢).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٠٦٣).

المسألة الثانية: حكم الردء[1] في قاطع الطريق[2].

مذهب الحنيفة أن كلاهما يجب عليه حد قاطع الطريق سواء كان مُعين أو مُباشر[3].

واختصَّ الشافعي المُباشر بالحد[4].

نص القدوري «قالوا: السبب والمباشرة[5] إذا اجتمعا في الضمان من غير إلجاء وتعلَّق الضمان بالمباشرة وجب أن يختص بها ولا يتعلق بالسبب، أصله :الممسك والقاتل وحافر البئر والدافع.

وأصلهم: المُمسك والقاتل والمعنى فيه أن القتل هناك. ومن عادة القتَّال إذا قصدوا أن يتولاه الواحد بنفسه، ولا يقتصر على الإمساك إلا من هو دونه، وفي مسألتنا ليس القتل هو المقصود، وإنما المقصود المال فلم تعتبر مباشرة القتل، وإنما يعتبر التمكين من أخذ المال»[6].

بيانه: قاس الشافعية اختصاص الضمان بالمباشرة دون الردء على اختصاصه بالمُمسك والقاتل بجامع أن السبب والمباشرة إذا اجتمعا في الضمان من غير إلجاء وتعلَّق الضمان بالمباشرة وجب أن يختص بها ولا يتعلق بالسبب.

والفرق الذي لاحظه القُدوري أن المُمسك والقاتل المقصود لديهما القتل ومن عادة القتلة إذا قصدوا القتل أن يتولاه الواحد بنفسه ولا يقتصر على الإمساك إلا من هو دونه،

---

(١) الردء: هو المُعين والناصر وهو الرجل يعين ويناصر قاطع الطريق ولا يقوم بالفعل بنفسه. انظر: اللسان مادة (ردء)(١/ ٨٥).

(٢) التجريد(١٢/ ٦٠٦٩).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي(٩/ ١٩٨)، والبحر الرائق(٥/ ٩٢).

(٤) انظر: الأم(٦/ ١٥٢) و(٧/ ٣٣١-٣٣٢).

(٥) المباشرة: هي الحركة بدون توسط فعل آخر، أي يباشر الرجل قطع الطريق بالقتل أو السرقة بنفسه.انظر: التعريفات(١/ ٢٥٢).

(٦) انظر: التجريد(١٢/ ٦٠٦٩-٦٠٧١).

أما في هذه المسألة فليس القتل هو المقصود، وإنما المقصود المال فلم تعتبر مباشرة القتل، وإنما يعتبر التمكين من أخذ المال.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الممسك والقاتل معنى غير موجود في الردء وهو قصد القتل.



المطلب السابع: في التطبيقات الفقهية في كتاب الأشربة[1]

ويشتمل على مسألة واحدة وهي:

مسألة: حكم الختان[2].

مذهب الحنفية أن الختان سنة مؤكدة. ومن أصحابه من قال: إنه واجب، وليس بفرض[3].

المذهب الشافعي ذهب إلى أنه فرض[4].

نص القدوري«قالوا: قطع جزء صحيح من البدن لا يعود بعد قطعه أو يختتن ويألم فكان واجبًا،كقطع السرقة.

---

(١) الأشربة لغة: جمع شراب، والشراب اسم لما يُشرب من أي نوع كان، ماء أو غيره وعلى أي حال كان. انظر: اللسان(١/ ٤٨٨). وتطلق الأشربة في الاصطلاح: على ما كان مُسكرًا من الشراب سواء كان مُتخذًا من الثمار كالعنب والرطب، أو من الحبوب كالحنطة والشعير، أو الحلويات كالعسل وسواء كان مطبوخا أو نيئا. انظر: البحر الرائق(٨/ ٢٤٧).

(٢) الختان لغةً: من خَتن الغلام والجارية يختنها ختناً، وهو موضع القطع من ذكر الغلام وفرج الجارية. انظر: اللسان(١٣/ ١٣٧-١٣٨). ووضْعُ مسألة الختان في نهاية كتاب الأشربة غريب. ولعل القدوري أخذ ذلك عن الإمام الماوردي الشافعي (٣٦٤- ٤٥٠هـ) الذي كان معاصراً للقُدوري (ت٤٢٨) فقد ألحق الماوردي هذه المسألة بنهاية كتاب الأشربة أيضاً. انظر: الحاوي الكبير(١٧/ ٣٣٨-٣٤٤). ولعل تفسير ذلك أن الفقهاء يذكرون أولا العقوبات المقدرة وهي الحدود ثم العقوبات غير المقدرة وهي التعازير، ولما كان حد شارب الخمر عقوبة فيها حد و تعزير أُخِّر عن بقية الحدود ووُضع قبل التعزير، لأنه وسط بينهما ثم أتبع بالتعازير الخالصة ومنها الجناية في الختان.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي(١٠/ ١٥٦)، وبدائع الصنائع(٧/ ٣٢٨)، وتبيين الحقائق(١/ ١٣).

(٤) انظر: التنبيه(ص١٤)، و المجموع(١/ ٣٥٢).

قلنا: القطع في السرقة دللنا أنه لما وجب لم يجز لمن وجب عليه أن يستوفيه من نفسه، ولما جاز أن يختتن بنفسه، صار الختان كقطع الطرف من ذاته))[1].

بيانه: قاس الشافعية وجوب الختان على وجوب قطع السرقة بجامع أن كلا منهما قطع جزء صحيح من البدن لا يعود بعد قطعه أو يختتن ويألم فكان واجبًا.

اعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن القطع في السرقة لما وجب لم يجز لمن وجب عليه أن يستوفيه من نفسه، أما الختان فلما جاز أن يختتن بنفسه صار الختان كقطع الطرف من ذاته.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الختان مانع غير موجود في السارقة وهو مباشرة الاختتان بنفسه.

(١) انظر: التجريد(١٢/ ٦١٢٠- ٦١٢١).

المطلب الثامن: في التطبيقات الفقهية في كتاب صول الفحل(١)

ويشتمل على مسألتين:

- **المسألة الأولى: صول البهيمة أو المجنون على الآدمي.**
- **المسألة الثانية: نفح الدابة برجلها أو بذنبها.**



(١) صال الفحل يصول صولا: وثب. والفحل: الذكر القوي من الحيوان جمعه فحول وفحولة وفحال. انظر: مختار الصحاح مادة فحل(١/ ٢٠٦)، واللسان(١١/ ٣٨٧).

المسألة الأولى: صول البهيمة أو المجنون على الآدمي[1].

مذهب الحنفية: إذا صالت البهيمة أو المجنون على آدمي فقتلها ضمن قيمة البهيمة ودية المجنون[2]. وروي عن أبي يوسف أنه استقبح أن يضمنه[3].

ونصَّ المذهب الشافعي على أن لا ضمان عليه[4].

نص القُدوري«قالوا:حُلَّ قتله بسبب كان منه فكان دمه هدرًا كالمرتد.

قلنا: المعنى في المرتد أن قصوده تتعلق بها الأحكام، فلهذا سقط قيمة دمه بفعله، والبهيمة لا تتعلق بقصدها الأحكام المقصودة، فلم يجز أن يسقط تقويم دمها بفعلها»[5].

بيانه: قاس الشافعية عدم الضمان إذا صالت البهيمة أو المجنون على الآدمي فقتلها أو قتله على عدم ضمان قتل المرتد بجامع أن كلا منهما حُلَّ قتله بسبب كان منه فكان دمه هدرًا.

ولحظ القُدوري فرقًا فذكر أن قصد المرتد يتعلق به الأحكام فلهذا سقط قيمة دمه بفعله، أما البهيمة فلا تتعلق بقصدها الأحكام المقصودة، فلم يجز أن يسقط تقويم دمها بفعلها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في المرتد معنى غير موجود في البهيمة وهو القصد المتعلق به الأحكام.



(١) التجريد(١٢/ ٦١٢٥).

(٢) انظر: الهداية شرح البداية(١/ ١٧٣)، و شرح فتح القدير(٣/ ٨٩).

(٣) انظر: بدائع الصنائع(٢/ ١٩٧)، وحاشية ابن عابدين(٢/ ٥٦٤، ٥٧١).

(٤) انظر: مختصر المزني (ص ٢٦٨)، والمهذب (٢/ ٢٢٥).

(٥) انظر: التجريد(١٢/ ٦١٢٨).

المسألة الثانية: نفح الدابة برجلها أو بذنبها[1].

مذهب الحنفية: إذا نفحت - أي ضربت - الدابة برجلها أو بذنبها، لم يضمن ذلك راكبها ولا قائدها، ويضمن سائقها[2].

المذهب الشافعي: يضمن الراكب والقائد الجميع[3].

نص القدوري«احتجوا: بأنها جناية بهيمة يد صاحبها عليها، فكانت جنايتها كجنايته،أصله ما أصابت بيدها أو فمها.

قلنا: قد بينا الفرق بين الجنايتين، وهو أن الراكب والقائد لا يقدر على الحفظ من نفحة الرِجل ؛ لأنه لا يرى من وراءه، فتُبْعد الدابة ويُبْعِدُه عنها، وما لا طريق إلى الاحتراز عنه هدر كجناية المعدن والبئر وكالمنفلته، وأما جناية اليد والفم فهو المُشاهد من بين يديه فيقدر على إبعاد الدابة منه أو إبعاده عنها، فإذا أَهْمَل ذلك صار مُفَرِطًا فضمن ذلك، ولهذا ضمنا السائق الجميع كما شاهد بين يديه فيقدر على إبعاده أو إبعاد الدابة فإذا لم يفعله ضمن»[4].

بيانه: قاس الشافعية ضمان جناية الدابة برجلها أو بذنبها إذا كان لها صاحب على ضمان جناية ما أصابت بيدها أو فمها والرابط أن كلا منهما جناية بهيمة يد صاحبها عليها فكانت جنايتها كجنايته.

اعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن الراكب والقائد لا يقدر على الاحتراز من ضرب رِجِل الدابة؛ لأنه لا يرى من وراءه، فتُبْعد الدابة ويُبْعِدُه عنها وبما أنه لا طريق

---

(١) التجريد(١٢/ ٦١٣٦).

(٢) وذكر في البحر الرائق أنه يضمن سائقها إذا كانت تحمل حنطة فأتلفت شيء من الطريق نفساً أو مال، و فيه وجهان. انظر: البحر الرائق(٨/ ٤٠٧)، وبدائع الصنائع(٧/ ٢٧٢-٢٧٣).

(٣) انظر: الأم(٧/ ١٥٠)، ومختصر المزني(ص٢٦٨).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦١٣٦-٦١٣٧).

إلى الاحتراز عنه فهدر إذن كجناية المعدن والبئر، أما جناية اليد والفم فهو مُشاهد من بين يدي صاحبها فيقدر على إبعاد الدابة عنه أو إبعاده عنها، فإذا أَهْمَل ذلك صار مُفَرِطًا فضمن ذلك، ولهذا ضمنا السائق الجميع كما شاهد بين يديه فيقدر على إبعاده أو إبعاد الدابة فإذا لم يفعله ضمن.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الضرب بفم الدابة أويدها معنى غير موجود في الضرب برجلها أو ذنبها وهو المشاهدة والقدرة على الإبعاد.



المطلب التاسع: في التطبيقات الفقهية في كتاب السير

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: إذا غلب المسلمون على بهائم أهل الحرب.
- المسألة الثانية: قتل النساء والصبيان والشيوخ الذين لا يقاتلون.
- المسألة الثالثة: تترس الكفار بأطفال المسلمين.
- المسألة الرابعة: قتل الحربي إذا أسلم ولم يهاجر من دار الحرب.
- المسألة الخامسة: أمان العبد الذي لم يؤذن له في القتال.

المسألة الأولى: إذا غلب المسلمون على بهائم أهل الحرب[١].

إذا غلب المسلمون على بهائم أهل الحرب فأدركهم الكفار وخافوا أن يستنقذوها من أيديهم، ذبحوها وحرقوها بعد الذبح على رأي الحنفية[٢].

ولا يحل ذبحها عند الشافعية[٣].

نص القدوري«قالوا: ذو روح، فلا يحل قتله لمغايظة الكفار، قياسا على صبيانهم ونسائهم.

قلنا:...والمعنى في النساء والصبيان، أنه لا يُستعان بهم في القتال غالبًا. والدواب يستعان بها في القتال»[٤].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على عدم جواز قتل النساء والصبيان بجامع أن جميعها ذوات أرواح فلا يحل قتلها لمغايظة الكفار.

والفرق الذي ذكره القُدوري ردًا على الشافعية أن النساء والصبيان لا يُستعان بهم في القتال غالبًا. أما الدواب فيستعان بها في القتال.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الدواب مانع غير موجود في النساء والصبيان وهو الاستعانة بها في القتال.

---

(١) التجريد(١٢/ ٦١٤٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ١٠٢).

(٣) انظر: الأم(٧/ ٣٥٥).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦١٤٤-٦١٤٥).

المسألة الثانية: قتل النساء والصبيان والشيوخ الذين لا يقاتلون[1].

لا يجوز في مذهب الحنفية قتل النساء والصبيان والشيوخ الذين لا يقاتلون ولا رأي لهم في الحرب ولا العميان ولا الزمنى[2] ولا أصحاب الصوامع الذين حبسوا أنفسهم فيها لا يخالطون الناس[3].

وقال الشافعي في أحد قوليه مثل قول الحنفية. وقال في القول الآخر: يُقتلون جميعا إلا النساء والصبيان[4].

نص القُدوري«قالوا: حر مكلف حربي، فجاز قتله في الأسر،أصله الشاب.

قلنا:...والمعنى في الشاب أنه ممن يُستعان به القتال، والمرأة والأعمى والزَّمِن لا يقدرون على القتال)) [5].

بيانه: قاس الشافعية ذلك على جواز قتل الشاب بجامع أن جميعهم حر مكلف حربي، فجاز قتله في الأسر.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن الشاب ممن يُستعان به في القتال، أما المرأة والأعمى والزمن فلا يقدرون على القتال.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الشاب معنى غيرموجود في المرأة والأعمى والزمن وهو الاستعانة به في القتال.



---

(١) التجريد(١٢/ ٦١٤٦).

(٢) المقصود بالزمنى: هي جمع زَمِنْ: والزَّمَانة هي العاهة ورجل زمن :أي مبتلى بَيِّنُ الزمانة أي العاهة. انظر: لسان العرب مادة زمن (١٣/ ١٩٩).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي(١٠/ ١٣٥- ١٣٦)، وبدائع الصنائع(٧/ ١٠١).

(٤) انظر: الأم (٧/ ٣٤٩-٣٥٠).

(٥) انظر: التجريد(١٢/ ٦١٤٨).

المسألة الثالثة: تترس الكفار بأطفال المسلمين[1].

مذهب الحنفية: إذا تترس الكفار بأطفال المسلمين وبأسراهم جاز رميهم، ويعتمد الرامي أنه يقصد المشرك، فإن قتل مسلما، فلا كفارة ولا دية[2].

وقال الشافعي: "إذا فعلوا ذلك لم يجز لنا أن نبتدئهم بالقتال والرمي، فإن بدؤونا جاز الرمي". ويقال للرامي: "اجتهد في إصابة المشرك وتجنب المسلم. فإن أصاب مسلما فقتله فعليه الكفارة قولا واحدا". وهل تجب الدية؟

اختلف قوله، فقال في موضع: عليه الدية والكفارة. وقال في موضع: عليه الكفارة دون الدية[3].

نص القُدوري«قالوا: هو مأمور بقصد المشرك وتجنب المسلم،فهو كمن رمى غرضاً فأصاب مسلماً.

قلنا: هناك لا يرمي الآدمي، وإنما يرمي الغرض، فإن غلب على ظنه أنه يصيب الآدمي لم يحل له الرمي، وكذلك إن شك، وفي مسألتنا يرمي المسلم إذا لم يكن هناك خلل يصل السهم منه إلى الكافر، لكنه يرمي إن قصده هنا الكافر ويرمي في مسألتنا مع غلبة الظن بالإصابة فدل على أنه مفارق لحال الخطأ»[4].

بيانه: قاس الشافعية جواز الرمي مع تترس الكفار بأطفال المسلمين على جواز من رمى غرضا فأصاب مسلما بجامع أن كلا منهما مأمور بقصد المشرك وتجنب المسلم.

وقدحه القُدوري بالفرق ذاكرًا أن مسألة: من رمى غرضا فأصاب مسلما تقضي بعدم رمي الآدمي، وإنما يرمي الغرض، فإن غلب على ظنه أنه يصيب الآدمي لم يحل له

(١) التجريد(١٢/ ٦١٤٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ١٠١).

(٣) انظر: الأم (٧/ ٣٤٩-٣٥٠).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦١٥١).

الرمي، وكذلك إن شك، أما في هذه المسألة فيرمي المسلم إذا لم يكن هناك خلل يصل السهم منه إلى الكافر، لكنه يرمي إن قصده هنا الكافر ويرمي في هذه المسألة مع غلبة الظن بالإصابة فدل على أنه مفارق لحال الخطأ.

نوع الفرق : معارضة في الفرع حيث وجد في من رمى الكفار المترسين بالمسلمين مانع غير موجود في من رمى غرض فأصاب آدمي وهو قصد الكفار مع غلبة الظن بالإصابة.

المسألة الرابعة: قتل الحربي إذا أسلم ولم يهاجر من دار الحرب[١].

عند الحنفية: إذا أسلم الحربي ولم يهاجر من دار الحرب حتى قتله مسلم فلا قصاص عليه ولا دية، وعليه الكفارة في الخطأ[٢].

وعند الشافعي: إن قتله عمدا وجب القصاص، وإن قتله خطأً وجبت الدية، والكفارة واجبة في الوجهين[٣].

نص القدوري«احتجوا : بأنه إسلام، صار به الدم محقونًا، فوجب أن يصير به مضموناً، أصله المسلم في دار الإسلام.

قلنا:...والمعنى فيه: إذا كان في دار الإسلام أنه لو قتله وهو يجهل إسلامه، تَقَوَّم دمه، وفي مسألتنا لو قتله وهو يجهل إسلامه، لم يُتَقَوَّم دمه، كذلك إذا عُلِم إسلامه»[٤].

بيانه: استند الشافعية في مذهبهم إلى ضمان المسلم في دار الإسلام بجامع أن كلا منهما أسلم، فصار به الدم محقونًا، فوجب أن يصير به مضمونا.

وللقُدوري فرق في ذلك فإذا كان المسلم في دار الإسلام و قتله وهو يجهل إسلامه تَقَوَّم دمه، لكن في هذه المسألة لو قتله وهو يجهل إسلامه لم يُتَقَوَّم دمه، كذلك إذا عُلِم إسلامه.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في دار الإسلام معنى غير موجود في دار الحرب وهو تقوُّم الدم.



(١) التجريد(١٢/ ٦١٥٤).

(٢) عند أبي يوسف عليه الدية في الخطأ. انظر: بدائع الصنائع(٧/ ١٠٥).

(٣) انظر: الوسيط لمحمد بن محمد الغزالي أبو حامد دار السلام القاهرة ١٤١٧هـ الطبعة الأولى(٦/ ٣٣٢)، وروضة الطالبين(٩/ ٢٥٩).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦١٥٤ ٦١٥٥).

المسألة الخامسة: أمان العبد الذي لم يُؤذن له في القتال[1].

مذهب الحنفية: أمان العبد الذي لم يؤذن له في القتال باطل[2].

المذهب الشافعي: أمانه جائز[3].

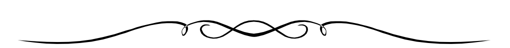
نص القدوري«وقالوا: معتقد للإيمان، فوجب أن يملك عقد الأمان،كالحر.

قلنا:....والمعنى في الحر: أنه لو ثبت لـه شركـة في دم العمـد ملـك إسـقاطه بـالعفو، كذلك يملك إسقاط القتـل عـن الحـربي، ولـما لم يملـك العبـد إسـقاط القـصاص المشترك كذلك لا يملك الآمان»[4].

بيانه: قاس الشافعية جواز أمان العبد الذي لم يؤذن له على جواز أمـان الحـر بجـامع أن كلا منهما معتقد الإيمان، فوجب أن يملك عقد الأمان.

واعترض القُدوري على هذا بالفرق مُوضـحًا أن الحـر لـو ثبـت لـه شركـة في القتـل العمد ملك إسقاطه بالعفو، كذلك يملك إسقاط القتل عن الحربي، أما العبد لما لم يملـك إسقاط القصاص المشترك كذلك لا يملك الآمان.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الحر معنى غير موجود في العبد وهو ملك إسقاط القصاص بالعفو.



(١) التجريد(١٢/ ٦١٧٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ١٠٦)، وهل يصح أمان العبد المحجور عن القتال؟ اختلف فيه: قال أبـو حنيفـة وأبو يوسف: لا يصح. وقال محمد: يصح. وانظر أيضا: المبسوط للسرخسي(١٠/ ٧١).

(٣) وهناك قول آخر: لا يجوز. انظر: الأم (٧/ ٣٥٠- ٣٥١).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦١٧٤).

المطلب العاشر: في التطبيقات الفقهية في كتاب الجزية

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: الجزية من عبدة الأوثان من العجم.
- المسألة الثانية: مراتب الجزية.
- المسألة الثالثة: المجوس لا كتاب لهم.
- المسألة الرابعة: الجزية على الفقير.
- المسألة الخامسة: سقوط الجزية إذا أسلم الذمي.



المسألة الأولى: الجزية من عبدة الأوثان من العجم[1].

أجاز الحنفية قبول الجزية من عبدة الأوثان من العجم واسترقاق رجالهم[2].

ولم يجز ذلك المذهب الشافعي[3].

نص القدوري«قالوا: وثنيون، لا تؤخذ منهم الجزية كالعرب.

قلنا: المعنى في العرب أنهم بالغوا في أذية النبي ﷺ وعرضوه لمفارقة وطنه، فغلظ أمرهم، وهذا لا يوجد في العجم» [4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على عدم أخذ الجزية من العرب بجامع أنهم جميعهم وثنيون، فلا تؤخذ منهم الجزية.

والفرق الذي ذكره القُدوري أن العرب بالغوا في أذية النبي ﷺ وعرضوه لمفارقة وطنه فغلظ أمرهم، وهذا لا يوجد في العجم، فاليهود لم يعرضوا النبي ﷺ للغربة ولا قدروا على إخراجه من وطنه.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في العرب معنى غير موجود في العجم وهو أذية النبيﷺ وعرضوه لمفارقة وطنه.

ويجاب عن هذا الفرق إن سُلِّم هذا في أول الإسلام فهو غير مسلَّم فيما بعد ذلك بل انقلب الأمر كما لا يخفى بدليل الانقلاب عليه في غزوة الخندق ومحاولة قتله عليه الصلاة والسلام في أكثر من حادثة.



(١) التجريد(١٢/ ٦٢٢٩).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٠/ ٧، ٢٥)، والبحر الرائق(٥/ ١٢٠).

(٣) وهناك قول آخر للإصطخري: أنه يجوز استرقاقه. انظر: المهذب(٢/ ٢٣٦).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٢٣٥).

المسألة الثانية: مراتب الجزية[1].

الجزية عند الحنفية على مراتب: تُوضع على الغني المُكثر ثمانية وأربعين، وعلى المتوسط أربعة وعشرون، وعلى الفقير المعتمل[2] اثنا عشر درهما[3].

المذهب الشافعي: مقدرة بدينار يستوي فيها الغني والفقير[4].

نص القُدوري«قالوا: معنى يُحقن به الدم، فوجب أن يستوي فيه الموسر والمعسر كالإسلام.

قلنا: الإسلام من حقوق الأبدان وذلك لا يختلف باليسار والإعسار، والجزية من حقوق الأموال، فيجوز أن تختلف لحق الله تعالى»[5].

بيانه: قاس الشافعية استواء المعسر والموسر في الجزية على استوائهم في الإسلام بجامع أن جميعهم معنى يُحقن به الدم، فوجب أن يستوي فيه المعسر والموسر.

وخالفهم القُدوري بالفرق فذكر أن ذلك من حقوق الأبدان في الإسلام وهو لا يختلف باليسار والإعسار، أما الجزية فمن حقوق الأموال، فيجوز أن تختلف لحق الله تعالى.

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٢٣٦).

(٢) الفقير المعتمل: الذي يكتسب أكثر من حاجته ولا مال له، أو هو القادر على العمل ولم يحسن الحرفة. انظر: المبسوط للسرخسي(١٠/ ٧٨)، والبحر الرائق(٥/ ١١٩).

(٣) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ١١٢).

(٤) ونقل عن الشافعي أنه: يسن أن يفاوت بينهم، فيعقد للغني بأربعة، وللمتوسط بدينارين، والفقير بدينار فإن أبى عقدها إلا بدينار. وهو بهذا القول يخالف ما ذكره القدوري في التجريد؛ ولعله كان يقصد أقل ما يؤخذ دينار، وأكثره ما وقع التراضي عليه. انظر: مختصر المزني(١/ ٢٧٧)، والتنبيه للشيرازي(١/ ٢٣٧)، والمهذب(٢/ ٢٥١).

(٥) وقول القدوري: إن المعنى في الإسلام أنه من حقوق الأبدان كلام غير مفهوم، ولعله يقصد أن من حق البدن حفظها من دخول النار بالإسلام. انظر: التجريد(١٢/ ٦٢٣٩).

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الإسلام معنى غير موجود في الجزية وهو أنه من حقوق الأبدان.

المسألة الثالثة: المجوس لا كتاب لهم[1].

مذهب الحنفية: المجوس لا كتاب لهم[2].

المذهب الشافعي: لهم كتاب[3].

نص القُدوري«قالوا: تؤخذ منهم الجزية، فكانوا أهل كتاب كاليهود والنصارى.

قلنا:...والمعنى في اليهود والنصارى: أنه يجوز مناكحتهم وتؤكل ذبائحهم»[4].

بيانه: قاس الشافعية جواز الكتاب للمجوس على جوازه لليهود والنصارى بجامع أن جميعهم تؤخذ منهم الجزية فكانوا أهل كتاب.

و فرَّق القُدوري بينهما فذكر أن اليهود والنصارى يجوز مناكحتهم وكذلك ذبائحهم، وليس كذلك المجوس.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في اليهود والنصارى معنى غير موجود في المجوس وهو جواز مناكحتهم وأكل ذبائحهم.

ويمكن القول أن جواز المناكحة وأكل الذبائح مُرَتَّب على الجزية لا أن الجزية هي التي تعلل بجواز المناكحة وأكل الذبائح وتترتب عليها.

(١) التجريد(١٢/ ٦٢٤٠).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٠/ ١١٩)، و شرح فتح القدير(٦/ ٤٨)، والبحر الرائق(٣/ ١١٠).

(٣) انظر: الأم(٤/ ١٧٣- ١٧٤).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٢٤١).

المسألة الرابعة: الجزية على الفقير[1].

مذهب الحنفية: لا جزية على الفقير الذي لا كسب له[2].

المذهب الشافعي: في أحد قوليه مثل قول الحنفية. والقول الآخر: يجب عليهم الجزية[3].

نص القدوري«قالوا: معنى يسقط به القتل، فاستوى فيه الغني والفقير، كالإسلام.

والمعنى في الإسلام: أن القتل يسقط به عن المرتدين وعبدة الأوثان من العرب لإسلامهم، فجاز أن يسقط به عن الفقير، والجزية لا يسقط بها القتل عن المرتد والوثني والعربي، كذلك لا يقف سقوط القتل عن القادر عليها»[4].

بيانه: قاس الشافعية استواء الغني والفقير في الجزية على استوائهم في الإسلام بجامع أن كلا منهما معنى يسقط به القتل فاستوى فيه الغني والفقير.

واعترض القُدوري على هذا بإيراد الفرق والمعنى أن القتل يسقط عن المرتدين وعبدة الأوثان من العرب لإسلامهم، فجاز أن يسقط به عن الفقير، أما الجزية فلا يسقط بها القتل عن المرتد والوثني والعربي فكذلك لا يقف سقوط القتل عن القادر عليها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الإسلام معنى غير موجود في الجزية وهو سقوط القتل به.



(١) التجريد(١٢/ ٦٢٤٣).

(٢) انظر: البحر الرائق(٥/ ١١٩).

(٣) قال الشافعي بالقول الأول في سير الواقدي والقول الثاني في كتاب الجزية. انظر: مختصر المزني(١/ ٢٧٧)، والمهذب(٢/ ٢٥٢-٢٥٣).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٢٤٦).

المسألة الخامسة: سقوط الجزية إذا أسلم الذمي[1].

إذا أسلم الذمي سقط عنه ما وجب من الجزية عند الحنفية[2]. وفرض الشافعي عليه الجزية الماضية[3].

نص القُدوري« قالوا: مال يجب على الكافر صح أداؤه في حال الكفر فوجب ألا يسقط،أصله :حقوق الآدميين.

قلنا:...والمعنى في الديون : أن الإسلام لا ينفي ابتداء وجوبها فلا يُنفي استيفاؤها، ولما كانت الجزية دينا لابتداء وجوبه على المسلم، لم يجز أن تستوفى بعد إسلامه.

أو نقول: الديون تُستوفى بعد الإسلام على الوجه الذي وجبت عليه. والجزية لا يمكن أن تُستوفى على الوجه الذي وجبت حال كفره))[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم سقوط الجزية بالإسلام على عدم سقوط حقوق الآدميين بجامع أن كلا منهما مال يجب على الكافر صح أداؤه حال الكفر فوجب ألا يسقط.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن الإسلام لا ينفي الديون ابتداء وجوبها فلا ينفي استيفاؤها، أما الجزية فلما كانت دينا لابتداء وجوبه على الذمي لم يجز أن يستوفى بعد إسلامه.

وبمعنى آخر: الديون تُستوفى بعد الإسلام على الوجه الذي وجبت عليه. أما الجزية فلا يمكن أن تُستوفى على الوجه الذي وجبت عليه حال كفره.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الإسلام معنى غير موجود في الجزية وهو استيفاء الديون على الوجه الذي وجبت عليه.

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٢٥١).

(٢) فيها قولان والصحيح ما ذكر. انظر: المبسوط للسرخسي(١٠/ ٨٠- ٨١).

(٣) انظر: المهذب(٢/ ٢٥١).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٢٥٢- ٦٢٥٣).

المبحث الخامس

في التطبيقات الفقهية من كتاب التجريد
في ربع الصيد والذبائح والأطعمة

وفيه سبعة مطالب : -

- المطلب الأول : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الصيد والذبائح.
- المطلب الثاني : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الأضاحي.
- المطلب الثالث : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الأطعمة.
- المطلب الرابع : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب السبق والرمي.
- المطلب الخامس : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب الإيمان.
- المطلب السادس : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب النذور.
- المطلب السابع : التطبيقات الفقهية على مسائل كتاب أدب القاضي.

* *   * ** *   * *

المطلب الأول: في التطبيقات الفقهية في كتاب الصيد والذبائح

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: أكل الكلب من الصيد.
- المسألة الثانية: أكل جوارح الطير من الصيد.
- المسألة الثالثة: قتل الكلب صيدا صدما.
- المسألة الرابعة: ترك التسمية على الذبيحة.
- المسألة الخامسة: الذبح ليس بسن منزوع أو ظفر منزوع.



المسألة الأولى: أكل الكلب من الصيد[1].

إذا أكل الكلب من الصيد لم يجز أكله عند الحنفية[2].

ويجوز عند الشافعي[3].

نص القدوري«قالوا: جارحة أكل من الصيد،كالبازي.

قلنا: الأكل عندنا لا يمنع،وإنما يمنع فقد التعليم، وأكل الكلب يدل على عدم التعليم، وأكل البازي لا يدل على عدم التعليم؛ لأن الكلب يُضرب حتى يُعوَّد ترك الأكل، والبازي لا يمكن ضربه وإنما يُعوَّد العود إلى صاحبه والأكل من الصيد فأكلُه يدل على التعليم»[4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على جواز أكل البازي - الطير الجارح - بجامع أن كلا منهما جارحة أكل من الصيد.

والفرق عند القُدوري أن أكل الكلب يدل على عدم التعليم أما أكل البازي فلا يدل على عدم التعليم، لأن الكلب يُضرب حتى يُعَوَّد ترك الأكل، والبازي لا يمكن ضربه وإنما يُعَوَّد العود إلى صاحبه والأكل من الصيد فأكلُه يدل على التعليم.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الكلب مانع غير موجود في البازي وهو أن أكله يدل على عدم التعليم.



(١) التجريد(١٢/ ٦٢٧٣).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ٢٢٣).

(٣) جاء في المجموع قولان في هذه المسألة ولم يذكر القدوري ذلك: الأول: تحريمه. والثاني: إباحته. انظر: الأم(٢/ ٢٢٦).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٢٧٦).

المسألة الثانية: أكل جوارح الطير من الصيد[1].

مذهب الحنفية أنه يجوز أكل الصيد الذي أكلت منه الجوارح[2].

ولم يُجوزه الشافعي.[3]

نص القُدوري «قالوا: جارحة أكل من الصيد قبل ثبوت يد صاحبه عليه، فكان كالكلب.

قلنا: المعنى في الكلب أنه نجس السؤر، فجاز أن يؤثر أكله في التحريم، والبازي فطاهر السؤر، وأكلُه لا يؤثر كالآدمي، فإن الكلب يمكن ضربه لترك الأكل والبازي لا يمكن ضربه، فصار هذا موضع ضرورة فيه فلم تمنع الإباحة كالجرح في غير الحلق واللبة»[4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على عدم جواز ما أكل منه الكلب بجامع أن كلا منهما جارحة أكل من الصيد قبل ثبوت يد صاحبه عليه.

وقدح القُدوري هذا القياس بالفرق فذكر أن الكلب نجس السؤر، فجاز أن يؤثر أكله في التحريم. أما البازي فطاهر السؤر، وأكلُه لا يؤثر كالآدمي، فإن الكلب يمكن ضربه لترك الأكل والبازي لا يمكن ضربه، فصار هنا موضع ضرورة فيه فلم تمنع الإباحة كالجرح في غير الحلق واللبة.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في البازي مانع غير موجود في الكلب وهو طهارة السؤر.

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٢٧٧).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ٢٢٣).

(٣) جاء قولان في هذه المسألة ولم يذكر القدوري ذلك: الأول: لم يحل. والثاني: يحل أكله وإن أكل منه. انظر: الأم(٢/ ٢٢٧).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٢٧٧-٦٢٧٨).

وقد لا يُسلم أن السبب في ترك الصيد الذي أكل منه الكلب هو نجاسة السؤر وإلا حُرِّم الصيد بالكلب جملةً وتفصيلاً، وإنما الأكل من الكلب يدل على أنه ليس بمُعَلَّم والصيد بالكلب غير المُعَلَّم لا يجوز.



المسألة الثالثة: قتل الكلب صيداً صدماً[1].

مذهب الحنفية: إذا قتل الكلب الصيد صدما أو خنقا ولم يجرحه، لم يؤكل[2]. وهو أحد قولي المذهب الشافعي.

وروي عن أبي حنيفة أنه يؤكل. وهو أحد قولي المذهب الشافعي[3].

نص القُدوري «ولأنها بهيمة خرجت روحها من غير عقر،كالمقدور.

فإن قيل: المعنى في المقدور أنه اعتبر بمحل العقر فاعتبر العقر، ولما سقط في مسألتنا المحل سقط العقر.

قلنا: يبطل بالرمي فإن محل الرمي، سقط فيه ولا يسقط اشتراط العقر»[4].

بيانه: قاس القُدوري عدم جواز أكل ما قتله الكلب صدما على عدم جواز أكل المقدور على تذكيته إذا صدم ولم يُذكَّ بجامع أن كلا منهما بهيمة خرجت روحها من غير عقر.

ثم وضع القُدوري قدحاً مفترضاً بالفرق فقال: فإن قيل: المعنى في المقدور أنه اعتبر بمحل العقر فاعتبر العقر، ولما سقط في هذه المسألة المحل سقط العقر.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في المقدور معنى غير موجود في ماقتله الكلب صدماً وهو الاعتبار بمحل العقر.

ثم أجاب القُدوري عن هذا القادح المفترض فذكر أنه يبطل بالرمي فإن محل الرمي سقط فيه ولا يسقط اشتراط العقر.



(١) التجريد(١٢/ ٦٢٨٦).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ٢٢٥).

(٣) انظر: المهذب(١/ ٢٥٣).

(٤) التجريد(١٢/ ٦٢٨٦-٦٢٨٧).

المسألة الرابعة: ترك التسمية على الذبيحة[1].

مذهب الحنفية: إذا تركت التسمية على ذبيحة أو على رمي الصيد وإرسال الكلب عمدا لم يحل أكله[2].

المذهب الشافعي: يحل أكله[3].

نص القُدوري«قالوا: كل ذكر يسقط إذا تُرك ناسيًا، وجب أن يسقط إذا ترك عامدًا، قياساً على الذكر بعد الإحرام والتسبيح في الركوع والسجود التشهد الأول.

قلنا:.....والمعنى فيما قاسوا عليه: أنه لم يُوضع لمخالفة المشركين، فلم يكون شرطًا، ولما وضعت التسمية في ابتداء فعل تقرر بجنسه لمخالفة المشركين كان لها مدخل في الوجوب كتكبير الصلاة»[4].

بيانه: قاس الشافعية جواز الأكل من الذبيحة إذا تُرك التسمية فيها عمدًا على جواز الذكر بعد الإحرام والتسبيح في الركوع بجامع أن كلا منهما ذكر يسقط إذا تُرك ناسيًا، فوجب أن يسقط إذا ترك عامدًا.

اعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن الذكر بعد الإحرام والتسبيح في الركوع لم يُوضعا لمخالفة المشركين، فلم يكونا شرطًا، ولما وضعت التسمية في ابتداء فعل تقرر بجنسه لمخالفة المشركين كان لها مدخل في الوجوب كتكبير الصلاة.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد التسمية مانع غير موجود في الذكر بعد الإحرام والتسبيح في الركوع وهو الوضع لمخالفة المشركين بجنسه.



(١) التجريد(١٢/ ٦٢٩٠).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ٢٣٦)، وبدائع الصنائع(٥/ ٤٦-٤٧).

(٣) ذكر أنه إن ترك التسمية عمداً أو سهواً حل الصيد بلا خلاف عندنا. انظر: الأم(٢/ ٢٢٧).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٢٩٤).

المسألة الخامسة: الذبح يكون بسن منزوع أو ظفر منزوع[1].

مذهب الحنفية: إذا ذبح بسن منزوع أو ظفر منزوع أو عظم جاز أكله[2].

المذهب الشافعي: لا يجوز الذبح به، ولا يحل أكل المذبوح[3].

نص القُدوري «قالوا: عظم فلا يكون آلة للذكاة[4] كالمتصل.

قلنا:...والمعنى في المتصل: أنه لا يتأتى به القطع؛ لأن التصرف لا يقع به كالتصرف في الآلة المنفصلة، وإنما يعتمد به فيفسخ، وأما المنفصل فيتصرف فيه كتصرفه في غيره من الآلات فصحت للذكاة به»[5].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز الذبح بسن منزوع أو ظفر منزوع على عدم جواز الذبح بسن أو ظفر متصل بجامع أن كلا منهما عظم فلا يكون آلة للذكاة.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المتصل لا يتأتى به القطع لأن التصرف لا يقع به كالتصرف في الآلة المنفصلة، وإنما يعتمد به فيفسخ، أما المنفصل فيتصرف فيه كتصرفه في غيره من الآلات فصحت للذكاة به.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المنفصل مانع غير موجود في المتصل وهو التصرف فيه كتصرفه في غيره من الآلات.



(١) التجريد(١٢/ ٦٣٠٢).

(٢) ذكر الكاساني أنه جاز الذبح بهما ويكره. انظر: بدائع الصنائع(٥/ ٤٢)، والمبسوط للسرخسي(١١/ ٢٢٧).

(٣) انظر: الأم(٢/ ٢٣٥).

(٤) الذكاة من التَّذْكِيَة: الذَّبْحُ والنَّحْر. يقال ذَكَّيْت الشَّاةَ تَذْكِيَة والاسم: الذَّكاةُ والمَذْبوحُ ذَكيٌّ والذكاة في أصل اللغة كلها: إتمام الشيء. انظر: اللسان(١٤/ ٢٨٧).

(٥) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٠٣).

المطلب الثاني: في التطبيقات الفقهية في كتاب الأضاحي

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: وجوب الأضحية.
- المسألة الثانية: موعد ذبح الأضحية.
- المسألة الثالثة: مُضي أيام الذبح.
- المسألة الرابعة: ذبح أضحية الغير.
- المسألة الخامسة: زوال الملك عن الأضحية.



المسألة الأولى: وجوب الأضحية[1].

تجب الأضحية على كل موسر في المذهب الحنفي[2].

أما أبو يوسف ومحمد فقد جعلاها سنة مؤكدة[3]. وعليه المذهب الشافعي[4].

نص القُدوري«قالوا: ذبح لا يجب على المسافر، فلم يجب على المقيم،كالعقيقة.

قلنا:....والمعنى في العقيقة أنه ذبح يجوز تقديمه على يوم النحر فلم يجب بأصل الشرع، والأضحية ذبح لا يجوز تقديمه على يوم النحر، فكان واجبًا بأصل الشرع»[5].

بيانه: قاس الشافعية عدم وجوب الأضحية للمقيم على عدم وجوب العقيقة بجامع أن كلا منهما ذبح لا يجب على المسافر، فلم يجب على المقيم.

والقادح الذي فرَّق به القُدوري هو أن العقيقة ذبح يجوز تقديمه على يوم النحر فلم يجب بأصل الشرع، أما الأضحية فهي ذبح لا يجوز تقديمه على يوم النحر، فكان واجبًا بأصل الشرع.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في العقيقة معنى غير موجود في الأضحية وهو تقديمه على يوم النحر.

كما يُجاب على القُدوري أن كل فعل واجب شرعًا لم يُعْمَل به يترتب عليه ذنب أو عقوبة كترك الصلاة أو الصوم، وليس كذلك الأضحية، فلا يترتب ذنب أو عقوبة على من لم يضحِّ.



(١) التجريد(١٢/ ٦٣١٩).

(٢) انظر: الهداية شرح البداية(٩/ ٥٠٤-٥٠٦)، وبدائع الصنائع(٥/ ٦٢).

(٣) قول القدوري (قال أبو يوسف ومحمد: سنة مؤكدة) غير دقيق لأن أبا يوسف ومحمد من أوجبها كما في بدائع الصنائع وهو المفهوم من الجامع الصغير. انظر: الجامع الصغير(١/ ١٤٨)، وبدائع الصنائع(٥/ ٦٢).

(٤) انظر: الأم(٢/ ٢٢٤)، والمهذب(١/ ٢٣٧)، ومغني المحتاج(٤/ ٢٨٣).

(٥) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٢٧).

المسألة الثانية: موعد ذبح الأضحية[1].

حدد الحنفية وقت الأضحية وهو من طلوع الفجر من يوم النحر، فإذا طلع الفجر اعتبر في جوازها تقدم شرط آخر وهو الصلاة في حق المخاطبين بالصلاة في وقتها، فإذا فات وقتها جازت الأضحية إلى بعد الزوال وإن لم يصلِّ الإمام، ومن كان في موضع لا يخاطب أهله بصلاة العيد جاز أن يضحي عقيب الفجر وهم أهل السواد[2] والبوادي[3].

المذهب الشافعي: لا وقت للذبح يوم الأضحى إلا في قدر صلاة النبي عليه الصلاة والسلام وقدر خطبتين خفيفتين. واختلف أصحابه: فمنهم من اعتبر قدر صلاة النبي عليه الصلاة والسلام وهو أن يذهب من الوقت مقدار صلاة ركعتين يقرأ في الأولى بقاف وفي الثانية بـ(اقتربت وهي سورة القمر)، ومنهم من يقول: إذا طلعت الشمس فغرب دخل في الصلاة ومضى من الوقت ما يمكن أن يصلي فيه العيد ويخطب خطبتين خفيفتين[4].

نص القُدوري«قالوا: كل وقت جاز لأهل السواد أن يذبحوا فيه، جاز لأهل الأمصار أن يذبحوا فيه، وكل وقت جاز للمسافر أن يضحي فيه، جاز للمقيم أن يضحي فيه، أصله :بعد الصلاة.

قلنا:... والمعنى فيما بعد الصلاة أنه وقت كخطبة العيد وكان وقتا للأضحية. وقبل الصلاة ليس بوقت في خطبة العيد في حق من يخاطب بها فلم يكن وقتا للأضحية»[5].

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٣٣٣).

(٢) السواد: من سَوِدَ سَاد أَسْوَد وسواد البصرة والكوفة أي: قراهما وأهل السواد أهل القرى لخضرته واسوداده. انظر: اللسان مادة سود(٣/ ٢٢٤-٢٢٥)، ومختار الصحاح(١/ ١٣٤).

(٣) انظر: بدائع الصنائع(٥/ ٦٥). والبوادي: من بدا أي: ظهر وبان والبداة والبداوة خلاف الحضر، وأهل البوادي هم أهل البادية، وسميت بذلك لظهورها وبروزها. انظر: اللسان(١٤/ ٦٥-٦٧).

(٤) انظر: الأم(٢/ ٢٢٣)، والمهذب(١/ ٢٣٧)، ومغني المحتاج(٤/ ٢٨٧).

(٥) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٣٥).

بيانه: قاس الشافعية عدم اشتراط وقت لذبح الأضحية فيه على عدم اشتراط أي وقت بعد الصلاة بجامع أن كلا منهما وقت جاز لأهل السواد أن يذبحوا فيه، فجاز لأهل الأمصار أن يذبحوا فيه، وكل وقت جاز للمسافر أن يضحي فيه جاز للمقيم أن يضحي فيه.

واعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن المعنى فيما بعد الصلاة أنه وقت خطبة العيد فكان وقتا للأضحية. أما قبل الصلاة ليس بوقت في خطبة العيد في حق من يخاطب بها فلم يكن وقتا للأضحية.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في ما بعد الصلاة معنى غير موجود في ما قبلها وهو وقت خطبة العيد.



المسألة الثالثة: مضي أيام الذبح[1].

مذهب الحنفية: إذا مضت أيام الذبح تَصَدَّق بالأضحية، كما هي ولم يذبحها فإن ذبحها تصدق بلحمها وما نقصت بالذبح[2].

المذهب الشافعي: يذبحها ويتصدق بلحمها كما يفعل في الأيام، أي من غير زيادة[3].

نص القُدوري«قالوا: كل وقت وجب إخراج الأضحية فيه إلى أهلها فوجب ذبحها فيه، كأيام النحر.

قلنا:...والمعنى في أيام النحر: أنها أيام يجب فيها الرمي فيجوز الذبح، وما بعدها بخلاف ذلك »[4].

بيانه: قاس الشافعية جواز ذبح الأضحية بعد مضي أيام الذبح على جواز ذبحها أيام النحر بجامع أن كلا منهما وقت وجب إخراج الأضحية فيه إلى أهلها فوجب ذبحها فيه.

واعترض القُدوري عليه بأن أيام النحر أيام يجب فيها الرمي فيجوز الذبح، أما ما بعدها بخلاف ذلك فلا يجب فيها الرمي إذًا فلا يجوز الذبح.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في أيام النحر معنى غير موجود في مابعد أيام الذبح وهو وجوب الرمي فيها.



(١) التجريد(١٢/ ٦٣٣٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٥/ ٦٩).

(٣) كما أنه قد ذكر في الأم: أنه لا ضحية له. انظر: الأم(٢/ ٢٢٢)، والمهذب(١/ ٢٣٨)، ومغني المحتاج(٤/ ٢٨٨- ٢٨٩).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٣٧).

المسألة الرابعة: ذبح أضحية الغير[1].

مذهب الحنفية: إذا ذبح أضحية غيره بغير أمره أجزأت المالك عن الأضحية، ولم يضمن الذابح[2].

المذهب الشافعي: تجزئ عن الأضحية ويضمن الذابح وما نقصت بالذبح يتصدق به المالك[3].

نص القُدوري«قالوا: ذبح أضحية غيره بغير إذنه، وهو من أهل الإذن، والذابح من أهل الضمان، يلزمه ما نقص من قيمتها،أصله: إذا ذبحها في اليوم الثالث.

قلنا: المعنى فيه: أنه ذبحها في وقت مختلف في كونه وقتا للذبح فلم يحصل له الغرض المطلق، وفي مسألتنا ذبح في وقت متفق على أنه وقت لها، فحصل له الغرض المطلق»[4].

بيانه: قاس الشافعية ضمان الذابح للغير بغير إذن وإلزامه ما نقص من قيمتها على ضمانه ما إذا ذبحها في اليوم الثالث بجامع أن كلا منهما ذبح أضحية غيره بغير إذنه، وهو من أهل الإذن والذابح من أهل الضمان، فيلزمه ما نقص من قيمتها.

وفرَّق القُدوري لأنه إذا ذبحها في اليوم الثالث فمعناه أنه ذبحها في وقت مختلف في

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٣٤١).

(٢) جاء في الهداية: أن العلماء على قولين في هذه المسألة: الأول: لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها، ولا يجزئه عن الأضحية وهذا في القياس وهو قول زفر. القول الثاني: بالاستحسان وهو يجوز ولا ضمان على الذابح وهو القول الذي اختاره القُدوري وعليه الحنفية. انظر: الهداية شرح البداية(٤/ ٧٧)، وحاشية ابن عابدين(٦/ ٣٣٠).

(٣) انظر: الأم(٢/ ٢٢٥). وأضاف الشربيني: أنها لا تقع عن الغير الحي بغير إذنه؛ لأنها عبادة. انظر: مغني المحتاج(٤/ ٢٩٢).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٤٢).

كونه وقتا للذبح فلم يحصل له الغرض مطلقا، أما في هذه المسألة فهو ذبح في وقت متفق على أنه وقت لها، فحصل له الغرض المطلق.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الذابح للغير مانع غير موجود في الذبح في ثالث يوم وهو الذبح في وقت متفق على أنه وقت للذبح.



المسألة الخامسة: زوال الملك عن الأضحية[1].

مذهب الحنفية: إذا أوجب أضحية لم يزل ملكه عنها فإن باعها جاز، ويكره.

وقال أبو يوسف: لا يجوز بيعها[2]. وعليه المذهب الشافعي[3].

نص القُدوري«قالوا: يقرب بها لو أتلفه بعد التقرب ضمنه فيجب أن يزول ملكه عنه، أو فوجب ألا يزول بيعه،أصله إذا أعتق عبداً. ه

قلنا:.....والمعنى في العتق: أنه تجب القربة، في مسألتنا لم ينحرها فصار كما لو نذر العتق»[4].

بيانه: قاس الشافعية زوال الملك عن الأضحية على زواله ما إذا أعتق عبدا بجامع أن كلا منهما قربة لله تعالى، فلو أتلفه بعد أن جعله قربة لله ضمنه فيجب أن يزول بذلك ملكه عن هذه القربة (الأضحية).

وقدح القُدوري هذا القياس فذكر الفرق بأن القربة واجبة في العتق، أما في هذه المسألة لم ينحرها فصار كما لو نذر العتق.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في العتق معنى غير موجود في الأضحية وهو وجوب القربة في العتق.

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٣٥٤).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٢/ ١٣) وعبارته: وبعد الإيجاب يجوز بيعها في قول أبي حنيفة ومحمد (رحمهما الله) ويكره. وفي قول أبي يوسف ~ : لا يجوز، لتعلق حق الله تعالى بعينها.

(٣) انظر: المهذب(١/ ٢٤٠)، ومغني المحتاج(٤/ ٢٨٨).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٥٥).

المطلب الثالث في التطبيقات الفقهية في كتاب الأطعمة

ويشتمل على خمس مسائل :

- المسألة الأولى: أكل السمك الطافي.
- المسألة الثانية: ما يؤكل من حيوان الماء.
- المسألة الثالثة: أكل الضبع والثعالب.
- المسألة الرابعة: أكل لحم الخيل.
- المسألة الخامسة: شبع المضطر من الميتة.



المسألة الأولى: أكل السمك الطافي[1].

كره الحنفية أكل السمك الطافي[2] وذهب الشافعي إلى عكس ذلك[3].

نص القُدوري «قالوا: يحلُّ بموته بغير فعل مخصوص أو فعل فاعل مخصوص فحلَّ بموته حتف أنفه قياساً على الجراد.

والمعنى في الجراد: أنه نوع ليس له دم سائل، فلم يعتبر في إباحته فعل حادث. أو نقول: لا تتأتى الذكاة في نوعه، فلم تقف إباحته على فعل حادث. وفي مسألتنا بخلافه»[4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على حلِّ أكل الجراد بجامع أن كلا منهما يحلُّ بموته سواء كان موته بفعل فاعل مخصوص أو بغير فعل فحلَّ بموته حتف أنفه.

وذكر القُدوري الفرق بأن الجراد نوع ليس له دم سائل، فلم يعتبر في إباحته فعل حادث. بمعنى آخر لا تتأتى الذكاة في نوعه، فلم تقف إباحته على فعل حادث. أما السمك فله دم سائل وتتأتى الذكاة في نوعه.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في السمك مانع غير موجود في الجراد وهو الدم السائل وتتأتى الذكاة في نوعه.

---

(١) السمك الطافي: هو الذي يموت في الماء فيعلو ويظهر. انظر: اللسان(٩/ ٦٧٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٥/ ٣٥-٣٦).

(٣) انظر: المجموع(٩/ ٣١-٣٢).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٦٥).

المسألة الثانية: ما يؤكل من حيوان الماء[1].

مذهب الحنفية أنه لا يؤكل ما سوى السمك من حيوان الماء[2].

المذهب الشافعي: نص على إباحة جميعه. وقال أصحابه: لا يؤكل الضفدع؛ لأن الخبر ورد فيه[3].

نص القُدوري«قالوا: حيوان لا يعيش إلا في الماءكالسمك وفيه احتراز من الضفادع لأنها قد تعيش في البر.

ولأن المعنى في السمك أنه غير مستخبث، فليس كذلك ما سواه؛ لأنه مُستخبث في العادة، فلم يحل أكله»[4].

بيانه: قاس الشافعية حلَّ أكل حيوان الماء على حل أكل السمك بجامع أن كلا منهما حيوان لا يعيش إلا في الماء.

قدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن السمك غير مستخبث، وليس كذلك ما سواه لأنه مُستخبث في العادة، فلم يحل أكله.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في الحيوان الماء مانع غير موجود في السمك وهو الاستخباث في العادة.

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٣٦٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٥/ ٣٦) وجاء فيه عدم حل أكل الضفدع، وفيما سوى ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: يحلُ، والثاني: ما أكل مثله في البر حل أكله وما لا يؤكل مثله في البر لم يحل أكله اعتبارا بمثله، والثالث: لا يحل غير السمك. والأول أصح. وهذا بخلاف ما ذكره القُدوري إذ أن قوله غير دقيق في هذه المسألة.

(٣) انظر: المجموع(٩/ ٣٠). والخبر ما رواه أبي داود في كتاب الأطعمة باب (في قتل الضفدع) حديث رقم(٥٢٦٩) عن عبدالرحمن بن عثمان أن طبيبًا سأل النبيﷺ عن الضفدع يجعلها دواء فنهاه النبيﷺ عن قتلها. انظر: سنن أبي داود (٤/ ٣٦٨).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٦٨).

و يجاب على القُدوري إذ أنَّ ليس كل ما سوا السمك مستخبث بدلالة أكل الحبَّار والإستكوزة والكبوريا وغيرها، وليست جميعها بمستخبث بل تسمى فاكهة البحر.



المسألة الثالثة: أكل الضبع والثعالب[1].

مذهب الحنفية: يكره أكل الضبع – وهو من السباع – والثعالب – جمع ثعلب وهو أيضًا من السباع المعروفة –[2].

المذهب الشافعي: لا يكره[3].

نص القُدوري«قالوا: ما وجب الجزاء بقتله من غير امتزاج واختلاط حل أكله قياساً على الغزال.وربما قالوا: ماتمحصت ولادته من جنسه،ووجب الجزاءبقتله حل أكله.

قلنا:...والمعنى في الأصل أنها بهيمة مُتَّفق على طهارة سؤره، والضبع مختلف في طهارة سؤره كالكلب»[4].

بيانه: قاس الشافعية حل أكل الضبع والثعالب على حل أكل الغزال بجامع أن كلا منهما أوجب الجزاء بقتله من غير امتزاج واختلاط فحل أكله.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن الغزال بهيمة مُتَّفق على طهارة سؤرها، أما الضبع فمختلف في طهارة سؤره كالكلب.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الغزال معنى غير موجود في الضبع وهو الاتفاق على طهارة سؤره.



(١) التجريد(١٢/ ٦٣٦٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٥/ ٣٩)، وذكر فيه أنه محرم وليس بمكروه.

(٣) انظر: الأم(٢/ ٢٤٢).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٧١).

المسألة الرابعة: أكل لحم الخيل[1].

المذهب الحنفي: يكره أكل لحم الخيل[2].

وعند أبي يوسف[3] ومحمد: لا يكره، وعليه المذهب الشافعي[4].

نص القُدوري«قالوا: مذبُوحه يحلَ بيعه أو مذبوحه طاهر، أولا ينجس بالذبح فصار كالنعم.

والمعنى في النعم أنه حيوان لطلب النماء بدره ونسله، والخيل يطلب النماء بنسلها دون درها. أو نقول: النعم ورد الشرع بالامتنان بركوبها وأكلها، والخيل ورد الشرع بالامتنان بركوبها دون أكلها»[5].

بيانه: جعل الشافعية قياسهم في حل أكل لحم الخيل على حل أكل النعم والجامع أن كليهما إذا ذُبِحَ حُلَّ بيعه وهو طاهر أو أنه لا ينجس بالذبح.

وأبطل القُدوري هذا بالفرق، فذكر أن النعم حيوان يُطلب النماء بدره ونسله، أما الخيل فيُطلب النماء بنسلها دون درها.

وفرق آخر وهو أن الشرع جاء بالامتنان بركوب النعم وأكلها، أما الخيل فقد امتنَّ الشرع بركوبها دون أكلها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في النعم معنى غير موجود في الخيل وهو النماء بدره ونسله،والامتنان بركوبها وأكلها.



(١) التجريد(١٢/ ٦٣٧٥).

(٢) هناك رواية للحسن أنه محرم. انظر: بدائع الصنائع(٥/ ٣٩).

(٣) ولأبي يوسف قولان: الأول: لا يكره، والثاني: يكره، والأول أظهر. انظر: المبسوط للسرخسي(١١/ ٢٣٣- ٢٣٤)، وبدائع الصنائع(٥/ ٣٨-٣٩).

(٤) انظر: الأم(٢/ ٢٥١).

(٥) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٧٧-٦٣٧٨).

المسألة الخامسة: شبع المضطر من الميتة[1].

مذهب الحنفية: لا يجوز للمضطر أن يشبع من الميتة، وإنما يأكل منها مقدار ما يمسك رمقه[2].

المذهب الشافعي: في أحد قوليه مثل قول الحنفية. وقال في القول الآخر: يأكل حتى يشبع[3].

نص القُدوري«قالوا: ما جاز أن يسد الرمق منه، جاز الشبع منه،أصله : الطعام الحلال ولبن الميتة.

قلنا:...والمعنى في المباح: أنه يجوز أن يبتدأ به من غير ضرورة، فجاز البقاء، و الميتة لا يجوز أكلها من غير ضرورة لولدها وبيضها ولحمها، ولا يجوز أكلها في حال حياتها من غير ضرورة، فلم يجز الشبع منه بعد موته»[4].

بيانه: قاس الشافعية جواز شبع المضطر من الميتة على جواز الشبع من الطعام الحلال ولبن الميتة بجامع أن كلا منهما جاز أن يسد الرمق منه، فجاز الشبع منه.

وقدح القُدوري هذا بالفرق، فذكر أن المباح يجوز أن يبتدئ به من غير ضرورة، فجاز البقاء، أما الميتة فلا يجوز أكلها من غير ضرورة لولدها وبيضها ولحمها، فلم يجز الشبع منها لضرورة.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الطعام المباح معنى غير موجود في الميتة وهو الابتداء بأكله من غير ضرورة.



(١) التجريد(١٢/ ٦٣٧٩).

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص(١/ ١٦٠)، وبدائع الصنائع(٢/ ٩٥)، والبحر الرائق(٨/ ٢٠٩).

(٣) انظر: الأم(٢/ ٢٥٢)، والمهذب(١/ ٢٥٠).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٨١-٦٣٨٢).

المطلب الرابع: في التطبيقات الفقهية في كتاب السبق والرمي

ويشتمل على ثلاث مسائل :

- المسألة الأولى: المسابقة على الأقدام.
- المسألة الثانية: العقد في المسابقة.
- المسألة الثالثة: الشرط الفاسد في المسابقة.



المسألة الأولى: المسابقة[1] على الأقدام[2].

تجوز المسابقة على الأقدام بعوض وبغير عوض في المذهب الحنفي[3].

ولا تجوز بعوض عند الشافعي، ومن أصحابه من يقول فيها وجهًا آخر وهو أنه يجوز[4].

نص القُدوري«قالوا: العَدْو لا يحتاج إلى تعلم، وهو في مقدور كل أحد صحَّت بنيته، وكان بذل المال فيه من القمار كبذل المال على الصياح.

قلنا: هذا غلط؛ لأن ركوب الخيل في كل طبع سليم الخلقة،لكنهم يتفاضلون فيه، فالمسابقة يرتاض فيها للتفاضل، كذلك العدو يتفاضل فيه الناس، ويتعلمون الصبر عليه والسرعة فيه حتى كل ما يتعلم الفروسية والمسابقة تحصل بهذا المعنى، فأما الصياح فلا يحتاج إليه في الحرب بل يعد فضلاً، فكذلك لم يجز بذل العوض»[5].

بيانه : قاس الشافعية عدم جواز بذل العوض واعتباره قمارًا على عدم جواز بذل المال في الصياح بجامع أن كلا من العَدْو والصياح لا يحتاج إلى تعلم، وهو في مقدور كل أحد صحَّت بنيته، وكان بذل المال فيه من القمار.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المسابقة يرتاض فيها للتفاضل، كذلك العدو

---

(١) السبق: سبق يسبق سبقا من باب (ضرب) وقد يكون للسابق لاحق كالسابق من الخيل، وقد لا يكون كمن أحرز قصبة السبق فإنه سابق إليها منفردا بها ولا يكون له لاحق. وهو القُدْمَة في الجري وكل شيء.انظر: اللسان(١٠/ ١٥١). والرمي: رمى يرمي رميا فهو رام، ورمى القنص رميا: الرمي بالسهم عن القسي. انظر: اللسان(١٤/ ٣٣٥-٣٣٦). وأما شرعا: المناضلة والمسابقة. انظر: روضة الطالبين(١٠/ ٣٥٠).

(٢) التجريد(١٢/ ٦٣٨٨).

(٣) انظر: بدائع الصنائع(٦/ ٢٠٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين(١٠/ ٣٥٠)، ومغني المحتاج(٤/ ٣١١).

(٥) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٨٩).

يتفاضل فيه الناس ويتعلمون الصبر عليه والسرعة فيه، حتى الفروسية كما أنه يحتاج إليها في الحرب، فأما الصياح فلا يحتاج إليه في الحرب بل يعد فضلاً، فكذلك لم يجز بذل العوض.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المسابقة والعدو مانع غير موجود في الصياح وهو أنه يرتاض فيها للتفاضل ويحتاج إليها في الحرب.

المسألة الثانية: العقد في المسابقة[1].

مذهب الحنفية: بدل العوض في المسابقة لا يلزم بالعقد، وإنما يلزم بوجود السبق [2].

المذهب الشافعي: في أحد قوليه مثل القول السابق وقال في الآخر: هو عقد لازم كعقد الإجارة[3].

نص القُدوري«قالوا: عَقْد من شرطه أن يكون العوض فيه معلومًا، وما في مقابلته معلومًا،فأشبه عقد الإجارة.

قلنا:....والمعنى في الإجارة أنه تسليم العين التي يستوفي منها المنفعة في الحال، وفي مسألتنا بخلافه.»[4].

بيانه: قاس الشافعية لزوم العقد في المسابقة على لزوم عقد الإجارة بجامع أن كلا منهما عَقْد من شرطه أن يكون العوض فيه معلومًا وما في مقابلته معلومًا.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أنه يجوز في الإجارة تسليم العين التي يستوفي منها المنفعة في الحال، أما في هذه المسألة فلا يمكن تسليم العين التي يستوفي منها المنفعة في الحال.

نوع الفرق:معارضة في الأصل حيث وجد في الإجارة معنى غير موجود في المسابقة وهو تسليم العين اليستوفى منها المنفعة في الحال.



(١) التجريد(١٢/ ٦٣٩١).

(٢) انظر: تبيين الحقائق(٦/ ٢٢٨)، وعبارته: "والمراد بالجواز المذكور في باب المسابقة الحل دون الاستحقاق، حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضي ولا يقضي عليه به".

(٣) انظر: مغني المحتاج(٤/ ٣١٢) وجاء فيه أن الأظهر القول الثاني: وهو عقد لازم.

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٩٢).

المسألة الثالثة: الشرط الفاسد في المسابقة[1].

مذهب الحنفية: إذا شرط في المسابقة شرطًا فاسدًا مثل أن يقول: إني أطعم العوض أصحابي صح العقد وبطل الشرط[2].

وجعل الشافعي العقد فاسدًا[3].

نص القُدوري«احتجوا: بأنه تمليك شرط فيه ما يمنع كمال التصرف، كما لو باع طعاما وشرط أن أصحابه يأكلونه.

قلنا: هناك العقد لا يصح بغير بدل، فإذا شرط في البدل شرطًا فاسدًا فسد العقد، وفي مسألتنا يصح العقد من غير ذكر البدل، فإذا شرط في البدل شرطًا فاسدًا لم يبطل العقد كالنكاح»[4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على ما لو باع طعاما وشرط على أصحابه بأن يأكلوه بجامع أن كليهما تمليك شرط فيه ما يمنع كمال التصرف.

وردَّ القُدوري هذا بالفرق فذكر أن لو باع الطعام واشترط أكله فالعقد لا يصح بغير بدل، فإذا شرط في البدل شرطًا فاسدًا فسد العقد، أما في هذه المسألة فيصح العقد من غير ذكر البدل، فإذا شرط في البدل شرطًا فاسدًا لم يبطل العقد كالنكاح.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في مالو باع طعام واشترط أكله مانع غير موجود في الشرط الفاسد في المسابقة وهوصحة العقد من غير ذكر البدل.

(١) التجريد(١٢/ ٦٣٩٣).

(٢) انظر: الدر المختار(٥/ ٢٥٨).

(٣) انظر: مختصر المزني(ص/ ٢٨٧).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٣٩٣).

المطلب الخامس: في التطبيقات الفقهية في كتاب الأيمان

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: كفارة اليمين الغموس.
- المسألة الثانية: الحلف بأن يكون يهوديًا أو نصرانيًا.
- المسألة الثالثة: يمين الكافر.
- المسألة الرابعة: تقديم كفارة اليمين على الحنث.
- المسألة الخامسة: تفريق صوم كفارة اليمين.

المسألة الأولى: كفارة اليمين الغموس[1].

مذهب الحنفية: اليمين الغموس يأثم صاحبها بها، ويلزمه الاستغفار والتوبة ولا كفارة عليه[2]. المذهب الشافعي: يجب فيها كفارة[3].

نص القُدوري«قالوا: كل معنى إذا طرأ على عقد صحيح وأوجب الكفارة إذا قارنه، أوجب الكفارة كالوطء في الحج.

قلنا:...والمعنى في الإحرام :أن الكفارة تتعلق بهتك حرمته، وهذا المعنى موجود في المُقارن والطارئ، والكفارات مسألتنا تتعلق بحل يمين منعقدة وهذا لا يوجد في الحنث المقارن»[4].

بيانه: قاس الشافعية وجوب الكفارة في اليمين الغموس على وجوب الكفارة في الوطء في الحج بجامع أن كلا منهما معنى طرأ على عقد صحيح وأوجب الكفارة إذا قارنه، فأوجب الكفارة ولو لم يقرنه.

واعترض القُدوري على هذا بالفرق بأن الكفارة في الإحرام تتعلق بهتك حرمته وهذا المعنى موجود في المُقارن والطارئ، وأما الكفارات في اليمين الغموس تتعلق بحل يمين منعقدة وهذا لا يوجد في الحنث المقارن.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في اليمين الغموس مانع غير موجود في الإحرام وهو التعلق بحل يمين منعقدة.



(١) اليمين غموس: أن يحلف على فعل أو ترك ماض كاذباً فتغمس صاحبها في الإثم أو في النار وهي من الكبائر. انظر: أنيس الفقهاء(ص١٧٢)، والتجريد(١٢/ ٦٣٩٧).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٨/ ١٢٨)، وبدائع الصنائع(٣/ ١٦).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤/ ٣٢٥).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٤٠٤).

المسألة الثانية: الحلف بأن يكون يهوديًا أو نصرانيًا[(١)].

مذهب الحنفية أنه إذا قال: هو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو بريء من الله إن فعل كذا[(٢)]، ثم حنث فعليه كفارة يمين[(٣)]. المذهب الشافعي: لا تجب به كفارة[(٤)].

نص القُدوري« قالوا: فعل ما وصف نفسه علة لفعله،كالمعصية، فصار كقوله: هو زان. قلنا: المعصية في الزنى لا تتعلق بالوصف دون الفعل، فلم يكن فيه معنى اليمين، والمعصية في الكفر فتتعلق بنفس الفعل، فجاز أن تتعلق بالقول»[(٥)].

بيانه: قاس الشافعية عدم وجوب الكفارة لمن حلف بأن يكون يهوديًا أو نصرانيًا على عدم وجوبها على المعصية كمن قال: هو زانٍ. بجامع أن كلا منهما فعل ما وصف نفسه علة لفعله.

فقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المعصية في الزنى لا تتعلق بالوصف دون الفعل، فلم يكن فيه معنى اليمين، أما المعصية في الكفر فتتعلق بنفس الفعل، فجاز أن تتعلق بالقول أو الوصف.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في المعصية في الكفر مانع غير موجود في المعصية في الزنى وهو التعلق بنفس الفعل.



(١) التجريد(١٢/ ٦٤١٤).

(٢) المراد هنا أن يقول: أنا يهودي أو أنا نصراني أو أنا بريء من الله إن فعلت كذا.... إلخ. ولكنه عدل عن استخدام الضمير"أنا " إلى "هو " استقباحا. وهذا أسلوب استخدمه العرب في كلامهم عما يستعظم من الأمور، كما جاء في السيرة عندما ذهب النبي ﷺ إلى الكفار، ودعاهم إلى الإسلام، فرد عليه أحد الكفار فقال: هو يمرط ثياب الكعبة إن كان الله أرسلك. قال ذلك وهو يقصد نفسه كأنه يقول: أنا أمرط.

(٣) انظر: بدائع الصنائع(٣/ ٨) وجاء فيه قولان للحنفية في هذه المسألة الأول: يمين استحسانا. الثاني: أنه لا يكون يمينًا قياسًا. والقول الأول هو الذي ذكره القدوري.

(٤) انظر: المهذب(٢/ ١٢٩)، و مغني المحتاج(٤/ ٣٢٤).

(٥) انظر: التجريد(١٢/ ٦٤١٨).

المسألة الثالثة: يمين الكافر[1].

عند الحنيفة أن يمين الكافر لغو لا تنعقد بيمينه، وإن حنث بها حالة الكفر أو بعد إسلامه لم تجب عليه الكفارة[2].

وفي المذهب الشافعي: تنعقد يمينه، فإن حنث حال كفره كفر بالعتق أو الكسوة أو الطعام دون الصوم وإن حنث بعد إسلامه كفر بالصوم إن لم يقدر على غيره[3].

نص القُدوري«قالوا: من يستحلف في الدعاوى بالله ﷻ وجب أن تصح يمينه في غيرها، أصله : المسلم.

قلنا:....والمعنى في المسلم: أنه من أهل التكفير بالصوم، فانعقدت يمينه، والكافر لا يصح منه التكفير بالصوم، ولا هو من أهله، فلا تنعقد يمينه»[4].

بيانه: قاس الشافعية صحة يمين الكافر على صحة يمين المسلم بجامع أن كلا منهما يستحلف في الدعاوى بالله ﷻ فوجب أن تصح يمينه في غيرها.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المسلم يُعَدُّ من أهل التكفير بالصوم فانعقدت يمينه، وأما الكافر فلا يصح منه التكفير بالصوم ولا هو من أهله فلا تنعقد يمينه.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في المسلم معنى غير موجود في الكافر وهو أنه من أهل التكفير بالصوم.

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٤١٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٣/ ١١).

(٣) انظر: المهذب(٢/ ١٢٨).

(٤)**انظر: التجريد**(١٢/ ٦٤٢٢) ولعل هذا الخلاف راجع إلى اختلافهم في تكليف الكافر بفروع الشريعة.

المسألة الرابعة: تقديم كفارة اليمين على الحنث[1].

لا يجوز تقديم كفارة اليمين على الحنث في المذهب الحنفي[2].

وفصَّل الشافعي فقال: يجوز تقديم العتق والكسوة والإطعام، ولا يجوز تقديم الصوم، وإذا كانت اليمين على معصية ففي تقديم الكفارة وجهان: الأول: يجوز التقديم، الثاني: لا يجوز[3].

نص القُدوري «قالوا: كفارة بالعتق، فجاز تقديمها على حال وجوبها،ككفارة القتل وكفارة الصيد.

قلنا: تخصيص العتق لا يتقدم على وجوبها. والمعنى في كفارة العين: أنها تتعلق بالجرح بشرط الموت؛ لأن الجرح فعله والموت ليس من فعله، فإذا وُجد الجرح وُجد ما يتعلق الوجوب به، وفي مسألتنا الكفارة لا تجب باليمين، بدلالة إذا برَّ فيها، وإنما تجب بالحنث، ولم يوجد»[4].

بيانه: قاس الشافعية جواز تقديم كفارة اليمين على جواز تقديم كفارة القتل وكفارة الصيد بجامع أن كلا منهما كفارة بالعتق، فجاز تقديمها على حال وجوبها.

لكنَّ القُدوري ذكر أن كفارة القتل والصيد تتعلقان بالجرح بشرط الموت، لأن الجرح فعله والموت ليس من فعله، فإذا وُجد الجرح وُجد ما يتعلق الوجوب به، أما في هذه المسألة فالكفارة لا تجب باليمين، بدلالة أنه إذا برَّ فيها لم تجب عليه كفارة، وإنما تجب بالحنث، ولم يوجد.

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٤٢٤).

(٢) انظر: شرح فتح القدير(٥/ ٨٣- ٨٤).

(٣) انظر: الأم(٧/ ٦٣) وعبارته: فمن حلف على شيء فأراد أن يحنث، فأحب إلي لو لم يكفر حتى يحنث، وإن كفر قبل الحنث بإطعام، رجوت أن يجزئ عنه، وإن كفر بالصوم قبل الحنث لم يجزئ عنه.

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٤٢٧).

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في القتل والصيد معنى غير موجود في اليمين وهو تعلق الوجوب بالجرح بشرط الموت.



المسألة الخامسة: تفريق صوم كفارة اليمين[1].

مذهب الحنفية: تفريق صوم كفارة اليمين لا يجوز ويجب أن يصوم متتابعًا[2].

المذهب الشافعي: إن شاء تابع وإن شاء فرق[3].

نص القدوري «قالوا: صوم مُقَدَّر بثلاثة أيام كصوم الحلق[4].

قلنا:.....والمعنى في صوم الحلق: أنه خُيِّر بينه وبين غيره، فلم يجب فيه الترتيب بالشرع، والصوم في مسألتنا بدل في كفارة.»[5].

بيانه: قاس الشافعية الإباحة في تفريق صوم كفارة اليمين على الإباحة في تفريق صوم الحلق بجامع أن كلا منهما صوم مُقَدَّر بثلاثة أيام.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن المكلف في صوم الحلق مُخَيَّر بينه وبين غيره، فلم يجب فيه الترتيب، وأما الصوم في كفارة اليمين فهو بدل في كفارة. (أي على الترتيب).

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في صوم الحلق معنى غير موجود في صوم اليمين وهو البدل في الكفارة.

(١) التجريد(١٢/ ٦٤٢٩).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(٨/ ١٥٥).

(٣) انظر: مغني المحتاج(٤/ ٣٢٨). وعبارته: ولا يجب تتابعها في الأظهر، لإطلاق الآية، والثاني: يجب.

(٤) صوم الحلق: المقصود به الحلق في الحج للتحلل من الإحرام إذا لم يحلق فعليه كفارة صوم ثلاثة أيام.

(٥) انظر: التجريد(١٢/ ٦٤٣٠).

المطلب السادس: في التطبيقات الفقهية في كتاب النذور

ويشتمل على أربع مسائل:

- المسألة الأولى: نذر المشي إلى الكعبة.
- المسألة الثانية: نَذَرَ الصلاة في مكان فصلاها في غيرها.
- المسألة الثالثة: نَذَر المشي إلى مسجد النبي أو بيت المقدس.
- المسألة الرابعة: نَذَرَتْ صوم شهر بعينه فحاضت فيه.

المسألة الأولى: نذر المشي إلى الكعبة[1].

المذهب الحنفي: إذا قال: لله علي المشي إلى الكعبة أو إلى بيت الله أو مكة لزمه الإحرام استحسانًا، وإن قال: إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام أو الصفا أو المروة لم يلزمه شيء[2].

المذهب الشافعي: يلزمه الإحرام في جميع ذلك[3].

نص القُدوري«قالوا: نذر المشي إلى بقعة لا يُتَوصَّل إليها إلا بالإحرام،فأشبه ما إذا قال: لله عليَّ المشي إلى بيت الله.

قلنا:...والمعنى في بيت الله: أن الشرع ورد بإيجاب الإحرام بنذر المشي إليه، وفي مسألتنا لم يرد الشرع بإيجاب الإحرام بنذر المشي إليه، ولا جرت العادة باستعماله في إيجاب الإحرام، فصار كالمشي إلى عرفات وإلى مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم»[4].

بيانه: قاس الشافعية لزوم الإحرام في الجميع على لزومه ما إذا قال: لله علي المشي إلى بيت الله بجامع أن كلا منهما نذر المشي إلى بقعة لا يُتَوصَّل إليها إلا بالإحرام.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن الشرع ورد بإيجاب الإحرام بنذر المشي إلى بيت الله، وفي هذه المسألة لم يرد بإيجاب الإحرام بنذر المشي إليه، ولا جرت العادة باستعماله في إيجاب الإحرام، فصار كالمشي إلى عرفات وإلى المدينة المنورة.

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٥١٣).

(٢) انظر: المبسوط للشيباني(٣/ ١٨١-١٨٣)، وبدائع الصنائع(٥/ ٨٣- ٨٤)، وشرح فتح القدير(٣/ ١٧٢-١٧٣) وذكر فيه أنه لو قال: عليَّ المشي إلى بيت الله، ولم يذكر حجة ولا عمرة فحنث فعليه أحد النسكين حجة أو عمرة استحسانا، وفي القياس: لا شيء عليه.

(٣) هناك قول آخر: أنه إذا حلف فحنث فكفارة يمين تجزئه من ذلك إن أراد بذلك يمين. انظر: الأم(٢/ ٢٥٥)، والمجموع(٨/ ٣٨٢).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٥١٤).

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في المشي إلى بيت الله معنى غير موجود في المشي إلى الكعبة وهو ورود الشرع بإيجاب الإحرام.



المسألة الثانية: نَذَر الصلاة في مكان فصلاها في غيرها[1].

على رأي المذهب الحنفي أنه إذا أوجب الصلاة في مكان فصلاها في غيره أجزأه[2].

وروى الحسن عن أبي يوسف أنه إن صلاها في أفضل منه مثل أن يوجب صلاة في مسجد النبي عليه الصلاة والسلام فصلى في المسجد الحرام أجزأه، وإن كان دونه لم يجزئ، مثل أن يوجب في المسجد الحرام فيصلي في مسجد النبي عليه الصلاة والسلام. وعليه المذهب الشافعي[3].

قال زفر: لا يجزئه في غير المكان الذي أوجب وإن كان أفضل مما نذر[4].

نص القدوري«قالوا: ما رغب فيه وندب إلى فعله، تعين بالنذر،كالصلاة والصوم. قلنا:...والمعنى في الصلاة والصوم: أن لها أصلاً في الواجبات، وليس كذلك الصلاة في مكان معين؛ لأنه لا أصل لها في الواجبات، فلم تجب بالنذر»[5].

بيانه: قاس الشافعية وجوب تعين الصلاة بالنذر في مكان على وجوب الصلاة والصوم بجامع أن كلاهما رغب فيه وندب إلى فعله فتعين بالنذر.

واعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن الصلاة والصوم لهما أصل في الواجبات، وليس كذلك الصلاة في مكان معين لأنه لا أصل لها في الواجبات فلم تجب بالنذر.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الصلاة والصوم معنى غير موجود في الصلاة في مكان معين وهو أن لها أصل في الواجبات.



(١) التجريد(١٢/ ٦٥١٦).

(٢) وخالف زفر ذلك فقال: أنه لا يخرج عن موجب نذره إلا بالأداء في المكان الذي عينه أو في مكان هو أعلى من المكان الذي عينه.

انظر: المبسوط للشيباني(٣/ ١٨١)، والمبسوط للسرخسي(٣/ ١٣٢ - ١٣٣).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي(٣/ ١٣٢)، والمجموع(٨/ ٣٦٥).

(٤) انظر: المراجع السابقة.

(٥) انظر: التجريد(١٢/ ٦٥١٨).

المسألة الثالثة: نَذَرَ المشي إلى مسجد النبي أو بيت المقدس[1].

يرى الحنفية أنه إذا نذر المشي إلى مسجد النبي عليه الصلاة والسلام أو إلى بيت المقدس لم ينعقد نذره[2].

وإليه ذهب الشافعي في أحد قوليه، وقال في قول آخر: يجب عليه المشي إليه، ويصلي فيه ركعتين[3].

نص القُدوري«احتجوا: بأنه نذر المشي إلى مسجد ورد الشرع بشد الرحال إليه، فوجب أن ينعقد نذره، أصله :إذا نذر المشي إلى بيت الله الحرام.

قلنا: ولا يجب بنذر المشي إليه صلاة. ولأن بيت الله الحرام يجب قصده بأصل الشرع، وهذا بخلافه.»[4]

بيانه: قاس الشافعية وجوب انعقاد النذر والمشي إليه على وجوب ما إذا نذر المشي إلى بيت الله الحرام، بجامع أنه نذر المشي إلى مسجد ورد الشرع بشد الرحال إليه، فوجب أن ينعقد نذره.

وفرّق القُدوري بأن بيت الله الحرام وجب قصده بأصل الشرع، أما في هذه المسألة فلم يجب قصده بأصل الشرع.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في بيت الله الحرام معنى غير موجود في مسجد النبي أو بيت المقدس وهو وجوب قصده بأصل الشرع.

(١) التجريد(١٢/ ٦٥٢١).

(٢) انظر: المبسوط للشيباني(٣/ ١٨٣)، و المبسوط للسرخسي(٤/ ١٣٣).

(٣) انظر: الأم(٢/ ٢٥٦)، والمجموع(٨/ ٣٨٨) وجاء فيه أن الأصح هو أن لا يلزم ويلغي النذر.

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٥٢١).

المسألة الرابعة: نَذَرَتْ صوم شهر بعينه فحاضت فيه[1].

إذا نذرت المرأة صوم شهر بعينه فحاضت فيه قضت على المذهب الحنفي[2]، وإليه ذهب الشافعي في أحد قوليه، وقال في القول الآخر: لا تقضي[3].

نص القُدوري «احتجوا: بأن أيام الحيض لا يصح صيامها،كزمان الليل.

قلنا: زمان الليل لا يحتمل الصوم، فلا يتعلق بنذره حكم، وهذه الأيام يصح صيامها في الجملة، فتعلق النذر بها، وحيضها كالفطر فيها.»[4]

بيانه: قاس الشافعية عدم قضاء المرأة على زمان الليل بجامع أن أيام الحيض لا يصح صيامها.

وخالفهم القُدوري باعتراض الفرق فذكر أن زمان الليل لا يحتمل الصوم فلا يتعلق بنذره حكم، أما هذه الأيام يصح صيامها في الجملة فتعلق النذر بها وحيضها كالفطر فيها.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيث وجد في قضاء المرأة مانع غير موجود في زمان الليل وهو صحة صيامها في الجملة.

(١) التجريد(١٢/ ٦٥٢٤).

(٢) عند أبي يوسف ومحمد ليس عليها شيء. انظر: بدائع الصنائع(٥/ ٨٢).

(٣) انظر: المجموع(٦/ ٥٢٣).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٥٢٤).

المطلب السابع: في التطبيقات الفقهية في كتاب أدب القاضي

ويشتمل على خمس مسائل:

- المسألة الأولى: حكم المرأة فيما تقبل شهادتها فيه.
- المسألة الثانية: قبول الترجمة في الشهادة.
- المسألة الثالثة: قضاء القاضي بما علمه قبل الولاية.
- المسألة الرابعة: قضاء القاضي بما علمه قبل الولاية في الحدود.
- المسألة الخامسة: حكم القاضي على غائب.



المسألة الأولى: حكم المرأة فيما تقبل شهادتها فيه[1].

يجوز حكم المرأة فيما تقبل شهادتها فيه في المذهب الحنفي[2]، بينما لم يجوزه المذهب الشافعي[3].

نص القُدوري«قالوا: من لا يجوز أن يكون قاضيا في الحدود، لا يجوز أن يكون في غيرها،أصله :الأعمى.

قلنا:..... فأما الأعمى فنقصه أثرَّ في منع شهادته، فأثرَّ في قضائه، والمرأة نقصها لا يمنع شهادتها، كذلك لا يمنع قضاءها»[4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على عدم جواز حكم الأعمى بجامع أن كلا منهما لا يجوز أن يكون قاضيا في الحدود، فلا يجوز أن يكون في غيرها.

وذكر القُدوري الفرق بينهما بأن نقص الأعمى أثرَّ في منع شهادته، فأثرَّ في قضائه، وأما المرأة فنقصها لا يمنع شهادتها، كذلك لا يمنع قضاءها.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الأعمى معنى غير موجود في المرأة وهو التأثير في منع الشهادة.

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٥٣٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٣).

(٣) انظر: مغني المحتاج(٤/ ٣٧٥).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٥٣٣).

المسألة الثانية: قبول الترجمة في الشهادة[1].

المذهب الحنفي: يقبل تعديل الواحد وترجمته، إذا لم يفهم القاضي لسان الشهود أو لسان الخصم[2].

المذهب الشافعي: لا يقبل في الترجمة والتعديل إلا قول اثنين. قالوا: ويعتبر في التعديل لفظ الشهادة ولا يقبل تعديل والد لولده[3].

نص القدوري«احتجوا: بأنه يقبل ما غاب عن الحاكم إليه فيما يختص بالحكم بين المتخاصمين أو فيما يجب عليه سماعه من المتخاصمين،فوجب أن يكون من شرطه العدد، أصله: الشهادات.

قلنا:.... ولأن الناس بالشهادة، ولو استفاض لم يجز للقاضي العمل عليه حتى يشهد به، فجاز أن يكون فيه ما شرطه العدد، والتزكية إذا استفاضت جاز أن يعمل عليها، فكذلك لم يكن من شرطها العدد.»[4].

بيانه: قاس الشافعية اشتراط العدد في الترجمة والتعديل على اشتراطه في الشهادات بجامع أن كليهما يقبل ما غاب عن الحاكم إليه فيما يختص بالحكم بين المتخاصمين أو فيما يجب عليه سماعه من المتخاصمين.

وردَّ القُدوري على هذا بالفرق فبيَّن أن الناس يُحكم عليهم بالشهادة ولو استفاض الفعل وانتشر لم يجز للقاضي العمل عليه والحكم عليه حتى يشهد به الشاهد، فجاز أن

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٥٤٣).

(٢) خالف محمد فقال: لا يجوز إلا اثنان والمراد منه المزكي. انظر: المبسوط للسرخسي(١٦/ ٨٩)، والفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند دار الفكر ١٤١١هـ(ج٣/ ص٣٧٣).

(٣) انظر: الأم(٦/ ٢٠٤).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٥٤٤).

يكون فيه ما شرطه العدد، أما التزكية فإذا استفاضت جاز أن يعمل عليها، فكذلك لم يكن من شرطها العدد.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الشهادة معنى غير موجود في الترجمة والتعديل وهو الحكم على الناس بالشهادة.



المسألة الثالثة: قضاء القاضي بما علمه قبل الولاية[1].

المذهب الحنفي: ما علم القاضي قبل ولايته أو بعد ولايته في غير علمه لا يجوز أن يقضي به[2].

ومذهب أبي يوسف ومحمد(رحمهما الله): يجوز أن يقضي به، وبه قال الشافعي في أحد قوليه[3].

نص القدوري«قالوا: لأنه حاكم عالم يصدق المدعي فيما يدعيه، فإذا سأله أن يحكم به؛ جاز له الحكم، أصله :إذا علم به في ولايته.

قلنا:....والمعنى فيما علم حال القضاء، أنه يملك الحكم به عقيب علمه، وفي مسألتنا:لا يملك الحكم به عند العلم ولا حال القضاء، يجوز أن يحكم بسماع البينة قبلها فيجوز أن يحكم بالإقرار ما قبل القضاء، فلو سمع البينة لم يملك الحكم بها بعد الولاية كذلك الإقرار»[4].

بيانه: قاس الشافعية مذهبهم على جواز الحكم ما إذا علم به في ولايته بجامع أن كلا منهما حاكم عالم يصدق المدعي فيما يدعيه، فإذا سأله أن يحكم به جاز له الحكم.

واعترض القُدوري على هذا بالفرق فذكر أن المعنى فيما علم حال القضاء أنه يملك الحكم به عقيب علمه، وليس كذلك هنا، فلا يملك الحكم به عند العلم ولا حال القضاء، يجوز أن يحكم بسماع البينة قبلها فيجوز أن يحكم بالإقرار ما قبل القضاء، فلو سمع البينة لم يملك الحكم بها بعد الولاية كذلك الإقرار.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد فيما علم حال القضاء معنى غير موجود فيما علم قبل القضاء وهو ملك الحكم به عقيب علمه.

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٥٤٨).

(٢) انظر: غمز عيون البصائر لأبي العباس(٢/ ٣٨٠).

(٣) انظر: مغني المحتاج(٤/ ٣٩٨).

(٤) التجريد(١٢/ ٦٥٤٩-٦٥٥٠).

المسألة الرابعة: قضاء القاضي بما علمه قبل الولاية في الحدود[1].

مذهب الحنفية: يجوز للقاضي أن يقضي بما علمه في حال القضاء إلا في الحدود[2].

وفي أحد قولي الشافعي أنه لا يجوز[3].

نص القُدوري «احتجوا: بأنه قضى بعلمه، فلا يجوز كالحدود.

قلنا: الحدود هو الطالب بها، والمستوفي لها، فلا يُقبل قوله فيها كحقوق نفسه، وليس كذلك ما سواها؛ لأن الاستيفاء لا يثبت له، فجاز أن يرجع إلى قوله فيها كما يرجع إليه إذا أخبر بعدالة الشهود»[4].

بيانه: قاس الشافعية عدم جواز قضاء القاضي بما علمه قبل الولاية في غير الحدود على عدم الجواز في الحدود بجامع أنه قضى بعلمه فلا يجوز.

وقدح القُدوري هذا بالفرق فذكر أن القاضي في الحدود هو المطالب بها، والمستوفي لها، فلا يُقبل قوله فيها كحقوق نفسه، وليس كذلك ما سواها؛ لأن الاستيفاء لا يثبت له، فجاز أن يرجع إلى قوله فيها كما يرجع إليه إذا أخبر بعدالة الشهود.

نوع الفرق: معارضة في الأصل حيث وجد في الحدود معنى غير موجود في غير الحدود وهو أن القاضي هو المطالب بها والمستوفي لها.

---

(١) التجريد(١٢/ ٦٥٥١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٦-٧).

(٣) انظر: مغني المحتاج(٤/ ٣٩٨).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٥٥١).

المسألة الخامسة: حكم القاضي على غائب[(١)].

مذهب الحنفية: لا يجوز للقاضي أن يقضي على غائب حتى يحضر أو يحضر من يقوم مقامه بأمره كوكيله؛ أو من يقوم مقامه حكما كالوصي أو الوارث[(٢)].

المذهب الشافعي: يجوز القضاء على الغائب عن المصر بالبينة وإذا كان حاضرًا ففيه وجهان: الأول: يجوز القضاء، والثاني: لا يجوز[(٣)].

نص القدوري « قالوا: ما تأخر عن سؤال المدعى عليه إذا كان حاضرا يقدم عليه إذا كان غائبًا، أصله :سماع البينة.

قلنا: والمعنى فيه سماع البينة أنه لا يفوت بالسماع حق الخصم؛ لأن القاضي يكتب بالسماع ولا يقضي به المكتوب إلا بحضرته أو حضرة من قام مقامه فيقدح ويحتج.

وأما الحكم مع غيبة المدعى عليه ففيه تفويت حقه؛ لأنه قضى عليه من غير أن يتمكن من القدح والدفع، فيلزمه ما لو كان حاضراً جاز ألا يلزمه،فالوافد تعذر بغيبته جوازه، فوجب أن يسقط اعتباره كما لو حضر فسكت ولم يُجِب عن الدعوى»[(٤)].

بيانه: قاس الشافعية جواز الحكم على الغائب على جواز الحكم بسماع البينة بجامع أن ما تأخر عن سؤال المدعى عليه إذا كان حاضرا يقدم عليه إذا كان غائبًا.

وردَّ القدوري على هذا بقادح الفرق فذكر أن سماع البينة لا يفوت به حق الخصم؛ لأن القاضي يكتب بالسماع ولا يقضي به المكتوب إلا بحضرته أو حضرة من قام مقامه فيقدح ويحتج.

(١) التجريد(١٢/ ٦٥٥٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع(٧/ ٧-٨).

(٣) ذكر في الأم أنه: إما أن لا يقضي على الغائب بدين ولا غيره، وإما أن يقضي عليه في دين وغيره ونحن نرى القضاء عليه. انظر: الأم(٦/ ٢٣٠).

(٤) انظر: التجريد(١٢/ ٦٥٦١).

أما الحكم مع غيبة المدعى عليه ففيه تفويت حقه؛ لأنه قضى عليه من غير أن يتمكن من القدح والدفع فيلزمه ما لو كان حاضراً جاز ألا يلزمه.

نوع الفرق: معارضة في الفرع حيثوجد في الغائب مانع غير موجود في سماع البينة وهو تفويت الحق.



الخاتمـــــة

الخاتمــــــة

(نسأل الله حسنها)

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

وبعـد: -

فهذه أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة.

١- يعتبر القُدوري ~ من أعظم علماء الفقه المقارن، ويعد كتابه (التجريد) من أكبر الموسوعات الفقهية المقارنة بين مذهبي الحنفية والشافعية خاصة كما يعد موسوعة في قادح الفرق بشكل خاص حيث اشتمل ما يربوا على السبعمائة مسألة تضم قادح الفرق.

٢- أن معرفة قادح الفرق وجوابه سبب في استمالة القلب وطمأنينته للحكم.

وبيان ذلك: أن المسلم مأمور بإتباع ما أمر الله به ورسوله من أحكام ثابتة بالكتاب أو السنة أو إجماع أو قياس أو غيرها. وبما أن المعتمد عليه في التوصل إلى الأحكام في الوقت الحالي الاجتهاد وهو باب من أبواب القياس، فمعرفة قوة القياس ووقوفه في وجه الاعتراض بالفرق والجواب عليه، يشعر بقوة القياس والحكم المتوصل إليه فيطمئن القلب لهذا الحكم وينقاد إليه بسعادة ورضا.

٣- أن قادح الفرق من أهم قوادح العلة التي اعتمد عليها كثير من علماء الحنفية وغيرهم في الاعتراض على القياس ورد دليل المستدل، فينبغي على طلاب العلم العناية به وضبط مسائله.

٤- أن قادح الفرق يشمل نوعي المعارضة. المعارضة في الفرع والمعارضة في الأصل.

٥- أن قادح الفرق يقبل، بل ويعد من أهم القوادح.

٦- تَهَافُت دعوى ضعف الاعتراض بالفرق، والتي ذكرها بعض العلماء وجعلها مذهبه.

٧- من العبارات التي كان يستخدمها القُدوري ~ في حكاية الفرق كالتالي: (قياس مع الفارق)، (المعنى في الأصل)، (المعنى)، (الأصل فيه)، وقد يُشِير إلى الفرق بدون التصريح بأنه فرق.

٨- أن هذا الموضوع من الموضوعات المهمة لكل مشتغل بالعلوم الشرعية عامة، ولاسيما لمن يتصدر للفتوى والاجتهاد، حيث يعرف مواطن الاعتراض بالفرق على القياس لأنه من أهم أبواب الاجتهاد قديماً وفي الوقت الحاضر.

وإن كان من توصية:

فأوصي بمزيد من الدراسة المفصلة في كل مسألة ومناقشتها من جميع الجوانب للوصول إلى الراجح في المسألة.

وبمزيد دراسة لكتاب (التجريد) والنهل من معينه والاستفادة منه في شتى الميادين سواء كانت خاصة في القياس وقوادح العلة بحيث تُقعَّد القواعد التي تُبيِّن القياس القوي الثابت في وجه الاعتراض من القياس الضعيف.

وسواء كانت عامة في موضوعات آخرى كالتخصيص و الدلالات وغيرها مما يُثري الأصول بالتطبيقات الفقهية ويُظهِر الترابط بينهما ومن ثَمَّ يعود بالفائدة العظمى على الفقيه للتُوصل للأحكام.





الفهـــارس

الفهارس

١- فِهْرس الآيات القرآنية.

٢- فهرس الأحاديث النبوية.

٣- فهرس الآثار.

٤- فهرس البلدان.

٥- فهرس الأعلام المترجم لهم.

٦- فهرس المصطلحات.

٧- فهرس المصادر والمراجع.

٨- فهرس الموضوعات .

فِهْرس الآيات القرآنية

الآيـــــــــــــة	السورة ورقم الآية	رقم السورة	الصفحة
﴿وَإِذْ فَرَقْنَا بِكُمُ الْبَحْرَ﴾	البقرة:٥٠	٢	٩٢
﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾	البقرة:٢٢٢	٢	٦٣
﴿إِنَّ مَثَلَ عِيسَىٰ عِندَ اللَّهِ كَمَثَلِ آدَمَ خَلَقَهُ مِن تُرَابٍ ثُمَّ قَالَ لَهُ كُن فَيَكُونُ ﴿٥٩﴾﴾	آل عمران:٥٩	٣	٥٣
﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾	المائدة:٣٢	٥	٥٩
﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾	الأنعام:١٢١	٦	٧٥
﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ﴾	الحشر:٢	٥٩	٥٣
﴿فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾	الجمعة:٩	٦٢	٦٣
﴿فَالْفَارِقَاتِ فَرْقًا ﴿٤﴾﴾	المرسلات:٤	٧٧	٩٢



فهرس الأحاديث النبوية

م	الحديـــــــــث	الصفحة
١	أرأيت لو تمضمضت بماء ثم مججته أكنت شاربه؟	٦٢
٢	أعتق رقبة	٦١
٣	أن النبي ﷺ كان يرفع يديه في ثلاثة مواطن	١٠٥
٤	إنها من الطوافين عليكم والطوافات	٥٩
٥	البر بالبر ربا إلا هاء وهاء	٥٠
٦	البر بالبر ربا إلا هاء وهاء	١٣٤
٧	الثيب أحق بنفسها	٦٧
٨	من لم يشكر الناس، لم يشكر الله	١٧
٩	ولا تمسوه طيباً، ولا تُخمِّروا رأسه؛ فإنَّ الله يبعثه يوم القيامة مُلَبيًّاً	٦٠
١٠	من لم يشكر الناس، لم يشكر الله	١٧
١١	البر بالبر ربا إلا هاء وهاء	٥٠
١٢	إنها من الطوافين عليكم والطوافات	٥٩
١٣	ولا تمسوه طيباً، ولا تُخمِّروا رأسه؛ فإنَّ الله يبعثه يوم القيامة مُلَبيًّاً	٦٠
١٤	أعتق رقبة	٦١
١٥	أرأيت لو تمضمضت بماء ثم مججته أكنت شاربه؟	٦٢
١٦	الثيب أحق بنفسها	٦٧
١٧	أن النبي ﷺ كان يرفع يديه في ثلاثة مواطن: عند الإحرام، والركوع و الرفع منه	١٠٥
١٨	المرأة التي أجهضت عندما بلغها رسول عمر بن الخطاب رضي الله عنه	١١٨
١٩	البر بالبر ربا إلا هاء وهاء...	١٣٤



فهرس البلدان

م	البلـــــــــــد	الصفحة
١	بغداد	٢٢
٢	العراق	٢٧
٣	قُدُّورة	٢٢



فهرس الأعلام المترجم لهم

م	اسـم العلـــــــم	الصفحة
٢٢	عبيدالله بن محمد بن أحمد بن محمد الشيباني الحَوشبِي	٢٥
٢٣	عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس (ابن الحاجب)	٤٨
٢٤	علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التغلبي الآمدي	٤٨
٢٥	علي بن عبدالكافي بن علي السبكي	٥٦
٢٦	علي بن محمد بن الحسين البزدوي	٢٨
٢٧	علي بن محمد بن سالم الآمدي	٦٠
٢٨	محمد بن أبي الفضل محمد السرخسي	٢٦
٢٩	محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر (السرخسي)	١١٥
٣٠	محمد بن أحمد بن عبدالعزيز الحنبلي (ابن النجار)	١١٥
٣١	محمد بن الجنيد النيسابوري	٢٣
٣٢	محمد بن الحسن بن واقد	٢٨
٣٣	محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر الباقلاني	١٢٣
٣٤	محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي	٨
٣٥	محمد بن سماعة بن عبدالله بن هلال (ابن سماعة)	٤١٤
٣٦	محمد بن عبدالحي اللكنوي	٣٤
٣٧	محمد بن علي بن الحسن بن إبراهيم العَنبري	٢٥
٣٨	محمد بن علي بن محمد الشوكاني	١٠٣
٣٩	محمد بن علي بن محمد بن الحسين الدامغاني	٢٦
٤٠	محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين الرازي	٢٩
٤١	محمد بن يحيى بن مهدي الجرجاني	٢٥
٤٢	محمود بن أحمد بن مسعود القونوي	٤٣
٤٣	مختار بن محمود بن محمد الزاهدي	٣٠
٤٤	المطهر بن الحسين بن سعد بن علي اليزدي	٣٠



فهرس المصطلحات

م	الكلمـــــــــــــة	الصفحة
١	الآبق	٣٠٨، ٣٤٩
٢	الإجارة	٣١٢
٣	إحصان	٥١٥
٤	الإذن	٣٠٣
٥	الاستنجاء	١٤٤
٦	الاعتكاف	١٧٢
٧	الإقرار	٢٥٨
٨	الإيلاء	٤٤٩
٩	الإيماء	٦٠
١٠	بنت لبون	٥٠١
١١	بنت مخاض	٥٠١
١٢	البوادي	٥٦٣
١٣	البيع	١٨٤
١٤	تأثير العلة	٧٨
١٥	التبيع	١٥٩
١٦	التفليس	١٩٩
١٧	التقسيم	٦٧
١٨	تنقيح المناط	٦٩
١٩	جذعة	٥٠١
٢٠	الجعل	٣٤٩
٢١	الجنس	٦٥
٢٢	حقة	٥٠١
٢٣	الحلاب	٣١٠

م	الكلمـــــــــــــة	الصفحة
٤٩	شركة الصنائع	٢٣٨
٥٠	شركة العنان	٢٣٨
٥١	الشِّرى	٤٢٤
٥٢	الشفعة	٢٨٤
٥٣	شَقْصٍ	٢٨٨
٥٤	الصباغ	٣١٤
٥٥	الصرف	٣١٨
٥٦	الصرورة	١٧٧
٥٧	الصلح	٢١٩
٥٨	صول الفحل	٥٣٥
٥٩	صوم الحلق	٥٨٧
٦٠	الضوال	٣٥٠
٦١	الطرد	٦٨
٦٢	العارية	٢٦٨
٦٣	العتق	١١٢
٦٤	العجاجيل	١٦١
٦٥	العروض	٢٣٨
٦٦	العشر	٣٢٥
٦٧	العصبة	٣٦٢
٦٨	العلة	٥٦
٦٩	العنة	٤٥٢
٧٠	العين	٦٥
٧١	الفراق	٤٣٤
٧٢	الفرق	٩٢
٧٣	الفروض	٣٦٤

م	الكلمــــــــــــــــة	الصفحة
٧٤	الفصلان	١٦١
٧٥	الفقير المعتمل	٥٤٨
٧٦	الفىء	٤٤٨
٧٧	القافة	٣٥٤
٧٨	القصار	٣١٤
٧٩	القلب	٨٣
٨٠	القياس	٤٧
٨١	الكرم	٣٠٩
٨٢	الكسر	٨١
٨٣	الكفاءة	٤٠٦
٨٤	الكوز	٤٥٥
٨٥	اللعان	٤٦٨
٨٦	اللقطة	٣٢٥
٨٧	اللقيط	٣٢٥
٨٨	المباشرة	٥٣١
٨٩	المجبوب	٤٥٥
٩٠	المجمل	٧٤
٩١	المساقاة	٣٠٩
٩٢	مضاربة	٢٩٣
٩٣	المضاربة	٢٩٣
٩٤	المُعارضة	٨٦
٩٥	المغراة	٢٤٣
٩٦	المُفَوِّضة	٤١٧
٩٧	المُكاتِب	١٦٣
٩٨	المانعة	١١١

م	الكلمـــــــــــــــة	الصفحة
٩٩	الممانعة	١١١
١٠٠	المناسب	٦٤
١٠١	المناسب بالتتبع	٦٧
١٠٢	المناسبة	٦٤
١٠٣	الموات	٣٢٠
١٠٤	الموضحة	٥٠٥
١٠٥	النقض	٨٠
١٠٦	النقض	٨٠
١٠٧	النورة	٥٢٤
١٠٨	الهبة	١١٣
١٠٩	الوضيعة	٢٤٦
١١٠	الوقف	٣٢٩
١١١	الوكالة	٢٤٩
١١٢	الولي	٤٠٦
١١٣	اليمين الغموس	٥٨٢



فهرس المصادر والمراجع

(١) الآثار ليعقوب بن إبراهيم الأنصاري أبو يوسف (١٨٢هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٣٥٥هـ تحقيق أبو الوفاء.

(٢) أحكام القرآن لأحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر(٣٧٠هـ) الناشر: دار إحياء التراث بيروت لبنان١٤٠٥هـ تحقيق محمد الصادق قمحاوي.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام للإمام سيف الدين أبي الحسن علي بن محمد الآمدي(٦٣١هـ) الناشر: دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ١٤٢٣هـ ٢٠٠٢م قابلها على مطبوعة المعارف المصرية دار الكتب الخديوية ١٩١٤م رقمها محمد أحمد الأمد.

(٤) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الحافظ محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠هـ)الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى١٤١٩هـ تحقيق محمد حسن الشافعي توزيع مكتبة عباس الباز مكة المكرمة المملكة العربية السعودية.

(٥) أسنى المطالب في شرح روض الطالب لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري دار النشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤٢٢ ه – ٢٠٠٠م الطبعة الأولى تحقيق د.محمد محمد تامر.

(٦) الإصابة في معرفة الصحابة لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل(٨٥٢هـ) الناشر: دار الجيل بيروت لبنان ١٤١٢هـ ١٩٩٢م الطبعة الأولى تحقيق علي محمد البجاوي.

(٧) أصول الفقه لمحمد أبو النور زهير الناشر: المكتبة الأزهرية للتراث ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م

(٨) إعانة الطالبين لأبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي الناشر: دار الفكر للطباعة بيروت لبنان.

(٩) إعلام الموقعين عن رب العلمين لابن القيم الجوزية (٧٥١هـ) الناشر: دار الجيل بيروت لبنان ١٩٧٣م تحقيق طه عبدالرؤوف سعد.

(١٠) الأعلام لخير الدين الزركلي الناشر: دار العلم للملايين بيروت لبنان الطبعة الرابعة١٩٧٩م.

(١١) الإقناع لمحمد الشربيني الخطيب(٩٧٧هـ) الناشر:دار الفكر بيروت لبنان١٤١٥هـ

(١٢) الأم لمحمد بن إدريس الشافعي أبو عبدالله (٢٠٤هـ) الناشر: دار المعرفة بيروت لبنان ١٣٩٣هـ الطبعة الثانية.

(١٣) الأنساب لأبي سعيد عبدالكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني (٥٦٢هـ) الناشر: دار الفكر بيروت لبنان ١٩٩٨م الطبعة الأولى تحقيق عبدالله عمر البارودي.

(١٤) الإنصاف لعلي بن سليمان المرداوي أبو الحسن(٨٨٥هـ) الناشر:دار إحياء التراث بيروت لبنان تحقيق محمد حامد الفقي.

(١٥) أنوار ال وق انواء الفروق للإمام أ العباس أ د بن إريس القرا ومعـه إدرار الشروق على أنواء الفروق للإمام أ القاسم الشاط دار الكتب العلمية بـ وت ـ لبنان الطبعة الاو ١٤١٨هـ

(١٦) أنيس الفقهاء لقاسم بن عبدالله القونوي(٩٧٨هـ) الناشر: دار الوفاء ١٤٠٦هـ الطبعة الأولى جدة المملكة العربية السعودية تحقيق د.أحمد بن عبدالرزاق الكبيسي.

(١٧) الآيات البينات للإمام أحمد الشافعي (٩٩٤هـ) على شرح جمع الجوامع للإمام جلال الدين المحلي (٨٨١) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٧هـ ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات.

(١٨) البحر الرائق لزين الدين ابن نجيم الحنفي(٩٧٠هـ)الناشر: دار المعرفة بيروت لبنان الطبعة الثانية.

(١٩) البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي(٧٩٤هـ) الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت الطبعة الثانية ١٣١٤هـ ١٩٩٢م قام بتحريره د.عبد الستار أبو غدة وراجعه الشيخ عبدالقادر العاني.

(٢٠) بدائع الصنائع لعلاء الدين الكاساني (٥٨٧هـ) الناشر: دار الكتاب العربي بيروت لبنان١٩٨٢م الطبعة الثانية.

(٢١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام أبي الوليد ابن رشد القرطبي(٥٩٥هـ) الناشر: دار المؤيد ١٤١٧هـ ١٩٩٧م الرياض المملكة العربية السعودية.

(٢٢) البداية والنهاية لابن كثير اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي أبو الفداء(٧٧٤هـ) الناشر:مكتبة المعارف بيروت لبنان.

(٢٣) البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين أبي المعالي عبدالملك بن عبدالله الجو يني (٤٧٨هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٨هـ ١٩٩٧م علق عليه وخرج أحاديثه صلاح بن محمد عويضة.

(٢٤) تاريخ بغداد لأحمد بن علي أبو بكر الخطيب البغدادي(٤٦٣هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

(٢٥) تاريخ جرجان لحمزة بن يوسف أبو القاسم الجرجاني(٣٤٥هـ) الناشر:عالم الكتب بيروت لبنان١٤٠١هـ ١٩٨١م الطبعة الثالثة تحقيق محمد عبدالمعين خان.

(٢٦) التبصرة في أصول الفقه على مذهب الإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي للإمام أبي إسحاق الشيرازي الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م تحقيق محمد حسن محمد إسماعيل.

(٢٧) تبيين الحقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي(٧٤٣هـ) الناشر: دار الكتب الإسلامي القاهرة مصر١٣١٣هـ.

(٢٨) التجريد للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري(٤٢٨هـ) الموسوعة الفقهية المقارنة ، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية أ.د محمد أحمد سراج أ.د على جمعة محمد الناشر:دار السلام القاهرة مصر الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.

(٢٩) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي(٥٣٩هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤٠٥هـ ١٩٨٤م الطبعة الأولى.

(٣٠) تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السول لأبي زكريا يحيى بن موسى الرهوني(٧٧٣هـ) الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث دراسة وتحقيق د.الهادي بن الحسين شبيلي الطبعة الأولى١٤٢٢هـ.

(٣١) تحقيق مكتب البحوث والدراسات دار الفكر.

(٣٢) التعريفات لعلي بن محمد الجرجاني(٨١٦هـ) الناشر: دار الكتاب العربي بيروت لبنان١٤٠٥هـ الطبعة الأولى تحقيق إبراهيم الأبياري.

(٣٣) التقريب والإرشاد الصغير للقاضي أبي بكر محمد بن الطيب الباقلاني (٤٠٣هـ) الناشر: مؤسسة الرسالة بيروت لبنان طبعة جديدة منقحة مصححة ١٤١٨هـ الطبعة الثانية قدم له وحققه وعلق عليه د. عبدالحميد بن علي أبو زنيد.

(٣٤) التقرير والتحبير شرح العلامة ابن أمير الحاج الحلبي(٨٧٩هـ) على التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية للإمام محمد بن عبدالواحد السيواسي ثم السكندري كمال الدين بن الهمام الحنفي(٨٦١هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٩هـ ١٩٩٩م ضبطه وصححه عبدالله محمود محمد عمر.

(٣٥) التمهيد في أصول الفقه لأبي الخطاب الكلوذاني الحنبلي (٥١٠هـ) الناشر: مؤسسة الريان بيروت لبنان الطبعة الثانية ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م تحقيق ودراسة د.محمد بن علي بن إبراهبم توزيع المكتبة المكية مكة المكرمة المملكة العربية السعودية.

(٣٦) التنبيه لإبراهيم بن علي الشيرازي(٤٧٦هـ) الناشر:عالم الكتب بيروت لبنان١٤٠٣هـ الطبعة الأولى تحقيق عماد الدين حيدر.

(٣٧) تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول للإمام شهاب الدين أبو العباس أحمد القرافي (٦٨٤هـ) الناشر: دار الفكر بيروت لبنان ١٤٢٤هـ ٢٠٠٤م طبعة جديدة منقحة مصححة باعتناء مكتب البحوث والدراسات.

(٣٨) تيسير التحرير لمحمد امين المعروف بأمير بادشاه على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية الناشر: دار الفكر بيروت لبنان.

(٣٩) الجامع الصغير لأبي عبدالله محمد بن الحسن الشيباني(١٨٩هـ) الناشر:عالم الكتب بيروت لبنان١٤٠٦هـ الطبعة الأولى.

(٤٠) جمع الجوامع في أصول الفقه لقاضي القضاة تاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي(٧٧١هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الثانية ٢٠٠٣م ١٤٢٤هـ علق عليه ووضع حواشيه عبدالمنعم خليل إبراهيم.

(٤١) حاشية ابن عابدين لابن عابدين(١٢٥٢هـ)الناشر: دار الفكر بيروت لبنان ١٤٢١هـ.

(٤٢) حاشية العلامة البنا لعبد الر ن جاد ا البنا ا تو ١١٩٨هـ - علـى شرح ا لال س الدين مد بن أ د ا لي ا تو ٨٦٤هـ على م ع ا وامع لتاج الدين السبكي ا تو ٧٤٦هـ و امشه تقرير عبـد الـر ن الشربي . دار الكتب العلمية ب وت لبنان ط١ ١٤١٨هـ

(٤٣) الحاوي لأبي الحسن علي بن محمد البغدادي الماوردي الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

(٤٤) الحجة لمحمد بن الحسن الشيباني أبو عبدالله(١٨٩هـ) الناشر:عالم الكتب بيروت لبنان ١٤٠٣ هـ الطبعة الثالثة تحقيق مهدي حسن الكيلاني القادري.

(٤٥) حلية العلماء لسيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال(٥٠٧هـ)الناشر: مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ـ عمان١٩٨٠م الطبعة الأولى تحقيق د.ياسين أحمد إبراهيم درادكة.

(٤٦) خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر لمحمد أمين المحبي(١١١١هـ) الناشر: دار الصادر بيروت لبنان.

(٤٧) الدر المختار للحصكفي (١٠٨٨هـ) الناشر: دار الفكر بيروت لبنان ١٣٨٦هـ الطبعة الثانية.

(٤٨) الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة للحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي العسقلاني (٨٥٢هـ) الناشر: مجلس دائرة المعارف حيدر أباد الهند الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م مراقبة محمد خان.

(٤٩) الديباج المذهب لإبراهيم بن علي بن محمد اليعمري المالكي الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

(٥٠) الرسالة لمحمد بن إدريس الشافعي(٢٠٤هـ) الناشر: المكتبة العلمية بيروت لبنان القاهرة ١٣٥٨هـ تحقيق أحمد محمد شاكر.

(٥١) الروض المربع لمنصور بن يونس البهوتي(١٠٥١هـ) الناشر:مكتبة الرياض الحديثة الرياض المملكة العربية السعودية١٣٩٠هـ.

(٥٢) روضة الطالبين للنووي(٦٧٦هـ) الناشر: المكتب الإسلامي بيروت لبنان١٤٠٥هـ الطبعة الثانية.

(٥٣) روضة الناظر وجنة المناظر لموفق الدين عبدالله ابن قدامة المقدسي (٦٢٠هـ) تحقيق الدكتور عبدالكريم النملة الناشر: مكتبة الرشد الرياض المملكة العربية السعودية الطبعة السابعة ١٤٢٥هـ.

(٥٤) السراج الوهاج لمحمد الزهري الغمراوي الناشر: دار المعرفة للطباعة بيروت لبنان.

(٥٥) سنن ابن ماجه لمحمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني(٢٧٥هـ) الناشر: دار الفكر بيروت لبنان تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي.

(٥٦) سنن أبي داود لسليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي (٢٧٥هـ) الناشر: دار الفكر بيروت لبنان تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد.

(٥٧) سنن البيهقي الكبرى لأحمد بن الحسين البيهقي الناشر: دار الباز مكة المكرمة المملكة العربية السعودية ١٤١٤هـ.

(٥٨) سنن الترمذي لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السهلي (٢٧٩هـ) الناشر: دار إحياء التراث بيروت لبنان تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون.

(٥٩) سنن الدار قطني لعلي بن عمر الدارقطني البغدادي (٣٨٥هـ) الناشر: دار المعرفة بيروت لبنان١٣٨٦هـ ـ١٩٦٦م تحقيق السيد عبدالله هاشم يماني المدني.

(٦٠) سير أعلام النبلاء لمحمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز أبو عبدالله الذهبي(٧٤٨هـ) الناشر:مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ١٤١٣هـ الطبعة التاسعة تحقيق شعيب الأرناؤوط ـ محمد نعيم العرقسوسي.

(٦١) شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي (١٠٨٩هـ) الناشر: دار إحياء التراث العربي حيدر أباد ١٣٩٢هـ الهند طبعة جديدة.

(٦٢) الشرح الكبير لسيدي أحمد الدردير أبو البركات الناشر: دار الفكر بيروت لبنان تحقيق محمد عليش.

(٦٣) شفاء الغليل في بيان الشبه والمُخيل ومسالك التعليل لأبي حامد الغزالي(٥٠٥هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى١٤٢٠هـ وضع حواشيه زكريا عميرات.

(٦٤) صحيح البخاري للإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي(٢٥٦هـ) الناشر: دار الفكر بيروت لبنان للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠١هـ.

(٦٥) صحيح مسلم لمسلم بن الحجاج النيسابوري(٢٦١هـ)الناشر: دار إحياء التراث بيروت لبنان تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي.

(٦٦) طبقات الحنفية لعبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي أبو محمد(٧٧٥هـ) دار النشر/ مير محمد كتب خانه/ كراتشي الهند.

(٦٧) طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين بن علي السبكي(٧٧١هـ) الناشر:هجر للطباعة والنشر ١٤١٣هـ الطبعة الثانية تحقيق محمد الطناجي - عبدالفتاح محمد الحلو.

(٦٨) العبر في خبر من غبر لشمس الدين محمد بن أحمد الذهبي(٧٤٨هـ) الناشر: مطبعة حكومة الكويت ١٩٨٤م الطبعة الثانية تحقيق صلاح الدين المنجد.

(٦٩) العضد شرح مختصر ابن الحاجب للقاضي عضد الملة والدين عبدالرحمن بن أحمد الإيجي(٧٥٦هـ) على مختصر المنتهى الأصولي لابن حاجب المالكي (٦٤٦هـ) الناشر:دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى١٤٢١هـ ٢٠٠٠م ضبطه ووضع حواشيه فادي نصيف - طارق يحيى.

(٧٠) غمز عيون البصائر لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد الحموي الحنفي(١٠٩٨هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤٠٥هـ الطبعة الأولى.

(٧١) فتح القدير لكمال الدين محمد السيواسي (٦٨١هـ) الناشر: دار الفكر بيروت الطبعة الثانية.

(٧٢) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي لمحمد بن الحسن الثعالبي القاسمي(١٣٧٦هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ تحقيق أيمن صالح شعبان.

(٧٣) الفوائد البهية في تراجم الحنفية للعلامة أبي الحسنات محمد عبدالحي اللكنوي تحقيق محمد بدر الدين النعماني الناشر: دار الكتاب الإسلامي القاهرة مصر.

(٧٤) فواتح الرحموت للعلامة عبدالعلي محمد بـن نظـام الـدين الـسهالوي(١٢٢٥هــ) بشرح مسلم الثبـوت للإمـام محـب الله بـن عبدالـشكور(١١١٩هــ) النـاشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الاولى١٤٢٣هـ طبعه وصححه عبدالله محمـود محمد عمر توزيع مكتبة عباس الباز مكة المكرمة المملكة العربية السعودية.

(٧٥) الفواكه الدواني لأحمد بن غنيم بن سالم النفـراوي المـالكي (١١٢٥هــ) دار الفكـر بيروت ١٤١٥هـ.

(٧٦) القاموس المحيط لمحمـد بـن يعقـوب الفيروزأبـادي(٧١٨هــ) النـاشر: مؤسـسة الرسالة بيروت لبنان.

(٧٧) قواطـع الأدلـة في الأصـول لأبي المظفـر منـصور بـن محمـد الـسمعاني(٤٨٩هــ) الناشر:دار الكتب العلمية بيروت لبنـان الطبعـة الأولى ١٤١٨هــ١٩٩٨م تحقيـق محمد حسن الـشافعي توزيـع مكتبـة عبـاس البـاز مكـة المكرمـة المملكـة العربيـة السعودية.

(٧٨) القياس في العبادات حكمه وأثره لمحمد منظور إلهي الناشر: مكتبة الرشد الرياض المملكة العربية السعودية الطبعة الاولى١٤٢٤هـ.

(٧٩) الكافي في شرح البزدوي لحسين بن علي السغناقي(٧١٤هـ) الناشر: مكتبـة الرشـد الرياض المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م تحقيق ودراسـة فخر الدين سيد محمد قانت.

(٨٠) الكافي في فقه ابن حنبل لعبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد(٦٢٠) الناشر: المكتب الإسلامي بيروت لبنان.

(٨١) الكافي لابن عبدالبر لأبي عمر يوسف بن عبدالله بـن عبـدالبر القرطبـي(٤٦٣هــ) الناشر:دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤٠٧هـ الطبعة الأولى.

(٨٢) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي للإمام علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد البخاري(٧٣٠هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٨هـ ١٩٩٧م وضع حواشيه عبدالله محمود محمد عمر توزيع مكتبة عباس الباز مكة المكرمة المملكة العربية السعودية.

(٨٣) كشف الظنون لمصطفى بن عبدالله القسطنطيني الحنفي(١٠٦٧هـ) الناشر:دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤١٣هـ ١٩٩٢م.

(٨٤) الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير للشيخ محمد بن أحمد الحنبلي المعروف بابن النجار (٩٧٢هـ) الناشر: ١٤٠٨هـ ١٩٨٧م الطبعة الأولى تحقيق د.محمد الزحيلي ـ د.نزيه حماد.

(٨٥) لسان العرب للإمام العلامة أبي الفضل ابن منظور الأفريقي(٧١١هـ)الناشر: دار الصادر بيروت لبنان الطبعة الأولى.

(٨٦) اللمع في أصول الفقه لأبي إسحاق إبراهيم الشيرازي(٤٧٦هـ)الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى١٤٠٥ هـ ١٩٨٥م.

(٨٧) المبدع لإبراهيم بن محمد الحنبلي أبو إسحاق(٨٨٤هـ) الناشر: المكتب الإسلامي بيروت لبنان١٤٠٠هـ.

(٨٨) المبسوط لشمس الدين السرخسي(٤٨٣هـ) الناشر: دار المعرفة بيروت لبنان.

(٨٩) المبسوط لمحمد بن الحسن الشيباني أبو عبدالله(١٨٩هـ) الناشر: إدارة القرآن والعلوم كراتشي الهند تحقيق أبو الوفا الأفغاني.

(٩٠) مجمع الأبحر لعبد الرحمن بن محمد المدعو شيخي زاده(١٠٧٨هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٩هـ خرج آياته وأحاديثه خليل عمران منصور.

(٩١) المجموع شرح المهذب للنووي(٦٧٦هـ) الناشر: دار الفكر بيروت لبنان.

(٩٢) المحرر في أصول الفقه للإمام أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي(٤٥٠هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٧هـ خرج أحاديثه وعلق عليه أبو عبدالرحمن صلاح بن محمد بن عويضة توزيع مكتبة عباس الباز مكة المكرمة المملكة العربية السعودية.

(٩٣) المحصول لأبي عبدالله محمد بن عمر فخر الدين الرازي (٦٠٦هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م علق عليه ووضع حواشيه محمد عبدالقادر عطا توزيع مكتبة عباس الباز مكة المكرمة المملكة العربية السعودية.

(٩٤) المحلى لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد (٤٥٦هـ) الناشر: دار الأفاق الجديدة بيروت لبنان تحقيق لجنة إحياء التراث العربي.

(٩٥) مختار الصحاح لمحمد أبو بكر بن عبدالقادر الرازي(٧٢١هـ) الناشر: مكتبة لبنان بيروت ١٤١٥هـ ١٩٩٥م طبعة جديدة تحقيق محمود خاطر.

(٩٦) مختصر الروضة لنجم الدين الطوفي (٧١٦هـ) الناشر: مؤسسة الرسالة بيروت لبنان الطبعة الثانية تحقيق الدكتور عبدالله التركي ١٤١٩هـ.

(٩٧) مختصر المزني لمحمد بن إدريس الشافعي أبو عبدالله (٢٠٤هـ) الناشر: دار المعرفة بيروت لبنان ١٣٩٣هـ الطبعة الثانية.

(٩٨) المختصر في أصول الفقه لعلي بن محمد البعلي(٨٠٣هـ) الناشر: جامعة الملك عبدالعزيز مكة المكرمة المملكة العربية السعودية تحقيق د. محمد مظهر بقا.

(٩٩) المدخل لمذهب الإمام أحمد لعبد القادر بن بدران الدمشقي الناشر: مؤسسة الرسالة بيروت لبنان الطبعة الثالثة ١٤٢٧ هـ ٢٠٠٦م صححه وعلق عليه د.عبد الله بن عبدالمحسن التركي.

(١٠٠) المدونة الكبرى لمالك بن أنس(١٧٩هـ) الناشر: دار صادر بيروت لبنان.

(١٠١) مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح الناشر: الدار العلمية الهند ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م-

(١٠٢) المستصفى من علم الأصول للإمام الحجة أبي حامد الغزالي (٥٠٥هـ) الناشر: دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م طبعة جديدة خرج أحاديثها وآياتها مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي واعتنت بتصحيحها نجوى ضو.

(١٠٣) مسند أحمد بن حنبل لأحمد بن حنبل الشيباني مؤسسة قرطبة القاهرة(ج٢/ ٢٥٨) الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرناؤوط

(١٠٤) المسودة في أصول الفقه جمع وتبيض شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد الحراني(٧٤٥هـ) الناشر: دار الكتاب العربي بيروت لبنان تحقيق وتعليق محمد محي الدين عبدالحميد.

(١٠٥) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي تأليف أحمد بن محمد الفيومي صححه على النسخة المطبوعة بالمطبعة الأميرية مصطفى السقا.

(١٠٦) مصنف ابن أبي شيبة لأبي بكر عبدالله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي (٢٣٥هـ) الناشر: مكتبة الرشد الرياض المملكة العربية السعودية ١٤٠٩ هـ الطبعة الأولى تحقيق كمال يوسف الحوت.

(١٠٧) المعتمد في أصول الفقه لأبي الحسين البصري المعتزلي(٤٣٦هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان قدم له الشيخ خليل الميس توزيع مكتبة عباس الباز مكة المكرمة المملكة العربية السعودية.

(١٠٨) مغني المحتاج لمحمد الخطيب الشربيني دار الفكر بيروت ..

(١٠٩) المغني لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد(٦٢٠هـ) الناشر: دار الفكر بيروت لبنان١٤٠٥هـ الطبعة الأولى.

(١١٠) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول ويليه كتاب مثارات الغلط في الأدلة لأبي عبدالله محمد بن أحمد التلمساني(٧٧١هـ) الناشر: مؤسسة الريان بيروت لبنان توزيع المكتبة المكية الطبعة الثانية ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م دراسة وتحقيق محمد علي فركوس.

(١١١) مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية لمحمد سعد بن أحمد اليوبي الناشر:دار الهجرة الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ ٢٠٠٢م الرياض المملكة العربية السعودية.

(١١٢) ملتقى الأنهر لعبد الرحمن بن محمد المدعو شيخي زاده(١٠٧٨هـ) الناشر:دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤١٩هـ الطبعة الأولى خرج آياته و أحاديثه خليل عمران المنصور.

(١١٣) المنهاج للبيضاوي في علم الأصول لشمس الدين محمود الأصفهاني (٦٧٤هـ) الناشر: مكتبة الرشد الرياض المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ١٩٩٩م علق عليه د.عبد الكريم النملة.

(١١٤) المهذب لإبراهيم بن علي الشيرازي أبو اسحاق(٤٧٦هـ) الناشر:دار الفكر بيروت لبنان.

(١١٥) مواهب الجليل لمحمد بن عبدالرحمن المغربي أبو عبدالله(٩٥٤هـ) الناشر: دار الفكر بيروت لبنان ١٣٩٨هـ الطبعة الثانية.

(١١٦) نثر الورود على مراقي السعود لمحمد الأمين الشنقيطي الناشر: المكتبة العصرية بيروت لبنان شركة أبناء شريف الأنصاري ١٤٢٥هـ الطبعة الأولى.

(١١٧) النجوم الزاهرة لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغري بردي الأنابكي(٨٧٤هـ) الناشر:وزارة الثقافة مصر.

(١١٨) النظام المالي والاقتصادي في الإسلام للأستاذ إبراهيم نورين إبراهيم الناشر:مكتبة الرشد الرياض المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م.

(١١٩) نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي ناصر الدين البيضاوي تأليف جمال الدين عبدالرحيم الأسنوي(٧٧٢هـ) الناشر:دار ابن حزم بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م حققه وخرج شواهده د.شعبان محمد إسماعيل.

(١٢٠) نهاية المحتاج لشمس الدين محمد بن العباس أبي أحمد بن حمزة ابـن شـهاب الـدين الرملي المشهور بالشافعي الـصغير(١٠٠٤هــ) النـاشر: دار الفكـر بـيروت لبنـان ١٤٠٤هـ.

(١٢١) النهاية في غريب الأثر لأبي السعادات الجزري(٦٠٦هــ) النـاشر: المكتبـة العلميـة بيروت لبنان ١٣٩٩هـ تحقيق طاهر أحمد الزاوي ـ محمود محمد الطناحي.

(١٢٢) الهداية شرح البداية لأبي الحسن علي بن أبي بكر المرغياني(٥٩٣هـ) النـاشر:المكتبـة الإسلامية

(١٢٣) الوافي بالوفيات لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي الناشر: دار إحيـاء الـتراث بيروت لبنان ١٤٢٠هـ ٢٠٠٠م تحقيق أحمد الأرناؤوط ـ تركي مصطفى.

(١٢٤) والفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان للشيخ نظـام وجماعـة من علماء الهند الناشر: دار الفكر ١٤١١هـ بيروت لبنان.

(١٢٥) الوسيط لمحمد بن محمد الغزالي أبو حامد (٥٠٥هــ) النـاشر:دار الـسلام القـاهرة مصر ١٤١٧هـ الطبعة الأولى تحقيق أحمد محمود إبراهيم ـ محمد محمد تامر.

(١٢٦) وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان أبو العباس شـمس الـدين أحمـد بـن محمـد ابـن خالكان (٦٨١هـ) الناشر: دار الثقافة لبنان تحقيق إحسان عباس.



فهرس الموضوعات

